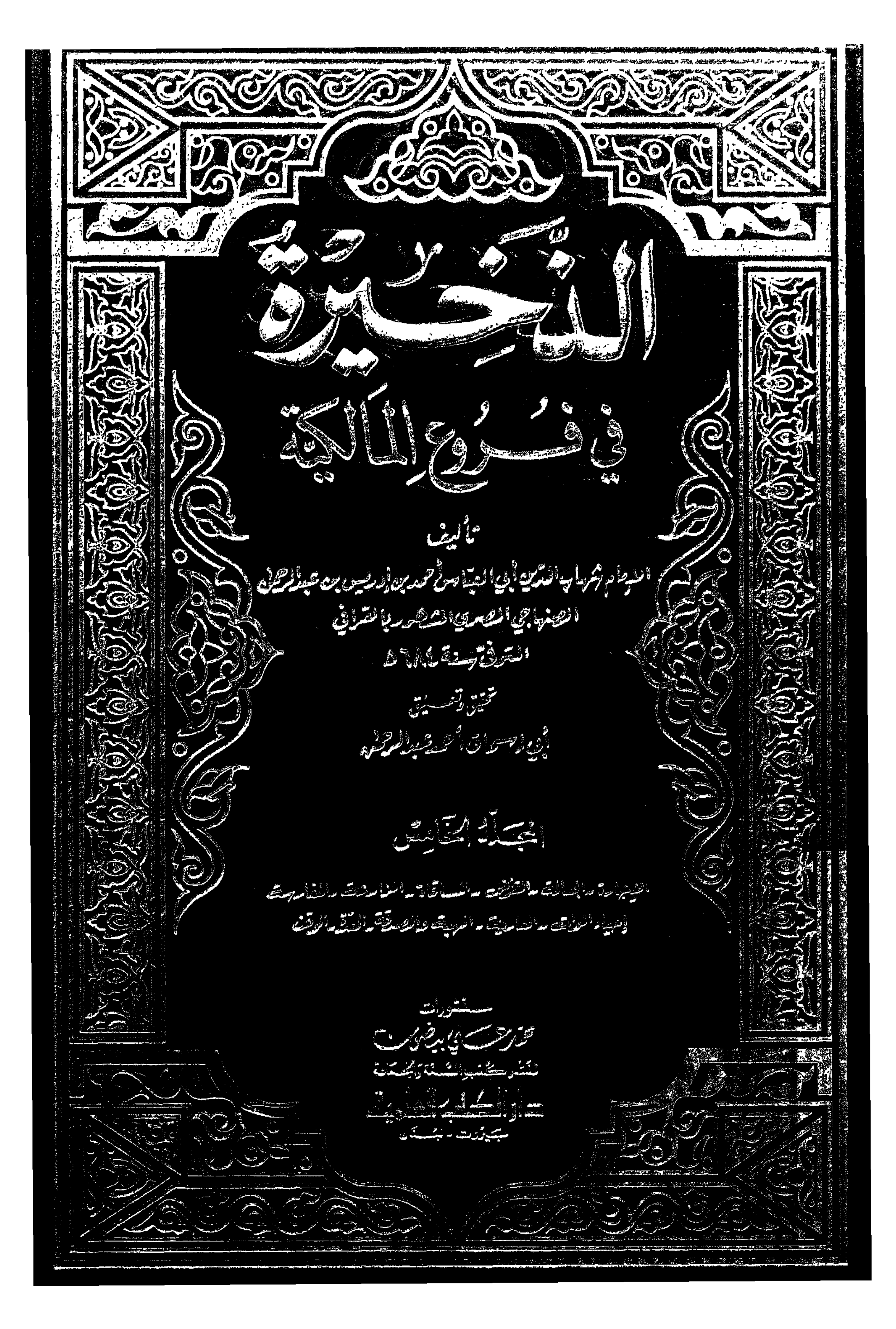

الذخيرة
في فروع المالكية
تأليف
الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن
الصنهاجي المصري الشهير بالقرافي
المتوفى سنة ٦٨٤هـ
تحقيق وتعليق
أبي إسحاق أحمد عبد الرحمن
المجلد الخامس
الإجارة - الجعالة - القراض - المساقاة - المزارعة - المغارسة
إحياء الموات - العارية - الهبة والصدقة - اللقطة - الوقف
منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان






Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)



الذخيرة

في فروع المالكية

تأليف

الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن
الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي
المتوفى سنة ٦٨٤ هـ

تحقيق وتعليق

أبي إسحاق أحمد عبد الرحمن

الجزء الخامس

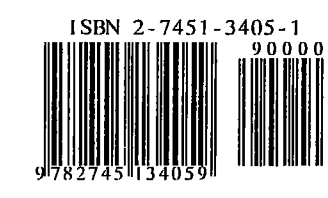
يحتوي على الكتب التالية:

الإجارة - الجعالة - القراض - المساقاة - المزارعة - المغارسة
إحياء الموات - العارية - الهبة والصدقة - العدة - الوقف

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان



الطبعة الأولى
١٤٢٢ هـ ـ ٢٠٠١ م



ISBN 2-7451-3405-1

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

دار الكتب العلمية
بيروت ـ لبنان
رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
هاتف وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ ـ ٣٦٦١٣٥ ـ ٣٧٨٥٤٢ (١ ٩٦١)
صندوق بريد : ١١ ـ ٩٤٢٤ بيروت ـ لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Ramel Al-Zarif, Bohtory St., Melkart Bldg., 1st Floor
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Ramel Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1ére Etage
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85 42 - 36.61 35 - 36.43.98
B.P. : 11 - 9424 Beyrouth - Liban

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الإجارة

قال صاحب التنبيهات: هى بيع المنافع، ويقال: أجر بالمد والقصر. وأنكر بعضهم المد، وهو منقول.

وأصل هذا كله: الثواب، وفى الصحاح: الأجرة: الكراء.

قلت: ولما كان أصل هذه المادة الثواب على الأعمال، وهى منافع، خصصت الإجارة ببيع المنافع على قاعدة العرب فى تخصيص كل نوع تحت جنس باسم؛ لتحصيل التعارف عند الخطاب، كما منعت فى السلم والصرف، وغيرهما مع اندراجهما[1] تحت المعاوضة، والإنسان والفرس مع اندراجهما تحت الحيوان، وقد غلب وضع الفعالة - بالكسر - للصنائع، نحو: الصناعة، والخياطة، والنجارة، والفعالة - بالفتح - لأخلاق النفوس الجبلية[2]، نحو: السماحة، والشجاعة، والفصاحة، والفعالة - بالضم - لما يطرح من المحتقرات، نحو: الكناسة، والقلامة، والنخالة، والفضالة.

وأصل مشروعيتها: قوله - تعالى - ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وقوله - تعالى - حكاية عن ابنة شعيب - عليه السلام -: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ [القصص: ٢٦] فقال لموسى - عليه السلام -: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧]. وشرع من قبلنا شرع لنا، وقاله الأئمة.

ومنعها بعض العلماء؛ لأنه بيع ما لم يقدر على تسليمه عند العقد، وليس سلمًا فى الذمة.

وجوابه هذه النصوص، ولأن تسليم الرقاب تسليم منافعها، وقبض الأوائل كقبض الأواخر.

وفى الكتاب ثلاثة أبواب:

* * *

---

(١) فى ط: اندراجها.

(٢) فى أ: الجميلة.

الباب الأول

فى أركانه، وهى أربعة

الركن الأول والثانى المتعاقدان، ويشترط أهلية المعاملة.

وفى النوادر: قال مطرف، وعبد الملك: يجوز لك إجارة غير البالغ من نفسه إذا عقل، وكان نظرًا، ويدفع لك الأجرة، وتبرأ بذلك ما لم يكن شيئًا له بال، فإن كان محاباة، فعليك تمامها، وكذلك قلنا فى المبيع، ووافقنا (ح).

وقال (ش): ليس للصبى أهلية تعاطى الأسباب القولية، ولا تنعقد منه، بخلاف الفعلية؛ كالاحتطاب، ونحوه، فإنه يملك بها، وفرق: بأن القولية يتعلق بها إلزام التسليم، وهو تكليف يأباه طوره، بخلاف الفعلية.

قاعدة:

الأحكام قسمان:

أحكام تكليف تتوقف على علم المكلف، وقدرته، وبلوغه؛ كالصلاة والزكاة.

وأحكام وضع، وهى نصب الأسباب، والشروط والموانع لا تتوقف على ذلك؛ كالتوريث بالأنساب، والطلاق بالإعسار والإضرار، وترتيب الضمان على إتلاف المجانين والغافلين، ونحو ذلك.

والبيع والإجارة سببان، فمقتضى هذه القاعدة: صحتهما من[1] الصبى فى ذى البال وغيره. غير أن الشرع راعى فى ذلك مصلحة صون الأموال عن الضياع، بسبب قصور النظر، فيكون الحق ما قلناه.

فرع: [و][2] فى الكتاب: كره للوصى الشراء من مال اليتيم أو يؤاجره من نفسه؛ للتهمة، فإن فعل أمضى الإمام الصواب، ورد الضرر، وكذلك الأب فى ابنه الصغير.

قال اللخمى: إذا كانت إجارة الوصى فيها حيف وفاتت - كان له الأقل من المسمى، أو أجرة المثل؛ لوجود السببين، فإن أجر يتيمه [من نفسه][3] مضى إن

---

(١) فى ط: مع.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى أ.

كان خيرًا له، وإلا رد، فإن فات بالعمل، فلليتيم الأكثر من المسمى، أو المثل.

وكذلك إجارة الأب نفسه من ولده، إلا أن يكون الأب فقيرًا تلزمه نفقته، فله المسمى، وإن كان أكثر من أجرة المثل إذا كان المسمى يقضى له به فى النفقة، وإلا سقط الزائد، وإن أجر الوالد الولد من نفسه، ومثله لا يؤاجر، فسخت الإجارة؛ لمخالفة العادة، وله إجارة الولد الموسر إذا كان خيرًا له؛ لأنه تنمية لماله.

وفى الكتاب: إن اشترى الوصى من مال اليتيم أعيد للسوق، فإن زيد عليه بيع، وإلا لزمه ما سمى، وكذلك كراء البهيمة، إلا أن يكون الكراء قد فات، فيسأل أهل المعرفة عنه، فإن كان فيه فضل غرمه، وإلا فما سمى.

قال ابن يونس: يعنى بالسوق: قبل أن يحول، وإلا إن كان الشراء بالقيمة مضى، أو بأقل[1]، غرم الزائد، فإن كان مكيلًا أو موزونًا لا تفيته حوالة الأسواق، وقد زاد سوقه، فالأشبه: إمضاؤه، ولا يرد للسوق؛ لأنه ضرر بالوصى، وهو لم يضر باليتيم.

فرع: فى الكتاب: إذا استأجر صبيًا أو مجنونًا بغير إذن وليه، امتنع، فإن وقع، فالأكثر من المسمى، أو أجرة المثل؛ لوجود السببين؛ كالتعدى فى الدابة والغصب، فإن عطبا فى عمل يعطب فى مثله، خير السيد بين الكراء وقيمة العبد؛ لوجود السببين كذلك، وفى الصبى، الأكثر من المسمى والأجرة، والدية على العاقلة.

وإذا أنكر السيد إذنه لعبده فى[2] الإجارة، لم يضمن مستعمله بأجر[3]؛ لأن الأصل: براءته من الضمان، إلا أن يؤاجره فى غرر كالبئر ذات الحمأة تحت الجدران[4]، وإن أذن السيد؛ لأنه لم يؤذن له فى التغرير بنفسه، وإن سافر به بغير إذن سيده ضمنه.

قال صاحب التنبيهات: سواء ههنا، وفى كتاب الاستحقاق بين الغصب والتعدى، وفرق بينهما فى كتاب الغصب، والآبق إذا استعمله بغير إذن سيده، ضمنه فى العمل الذى لا يعطب فى مثله؛ لوضع يده عليه كالغاصب، وإذا استعانه فى

(١) فى ط: وبأقل.
(٢) فى ط: غب.
(٣) فى أ: ناجز.
(٤) فى ط: الجدرات.

الخياطة فعطب حتف أنفه، ففى تضمينه قولان، فإن كان العمل يهلك غالبًا، ضمن اتفاقًا إذا هلك بسببه، وإلا فخلاف، ويضمن بالسفر اتفاقًا، هلك أم لا، ويخير سيده بين القيمة والأجرة، وله الأجرة إلى يوم السفر، ولا يضمن فى السفر القريب الذى لا يحبسه عن أسواقه.

وعن مالك: يضمن العبد فى الاستعانة فيما [فى](1) مثله الإجارة، بخلاف الإجارة فيه، فقيل: هذا خلاف لابن القاسم؛ لأنه لا يضمن فى الإجارة إلا فيما يعطبه فى مثله، ويضمن فى الاستعانة فيما يستأجر على مثله، وإن لم يعطب فيه؛ لأن العبد لم يؤذن له فى هبة منافع نفسه، وهما سواء – عند مالك – يضمن فيما فى مثله الإجارة، وإن كان لا يعطب فى مثله.

وقيل: إنه وفاق فى الاستعانة.

وقيل: لا ضمان فيها إلا فيما يعطب فى مثله، وعليه حمل التونسى مذهب الكتاب.

قال اللخمى: إذا استؤجر الصبى بغير إذن وليه، أمضاه وليه إن كان نظرًا، وإلا رده.

وفى الكتاب: إذا استعان غير بالغ فيما فى مثله الإجارة ضمنه، وما لا إجارة فيه كمناولة النعل، ونحوه، فلا عقل فيه فى حر ولا عبد.

قاعدة: أسباب الضمان ثلاثة:

الإتلاف: كإحراق الثوب، وقتل الدابة.

والتسبب للإتلاف: كحفر البئر؛ ليقع فيه معصوم الدم أو الاستعمال فى الغرر.

ووضع اليد غير المؤمنة: كالغاصب، وقابض المبيع بالعقد الفاسد. فعلى هذه القاعدة تتخرج هذه الفروع المتقدمة.

فرع: فى الكتاب: إذا بلغ اليتيم فى أثناء المدة، لا يلزمه الباقى، وقاله (ش)، و(ح) ؛ لأن الأصل(2) عدم نفوذ تصرف الإنسان على غيره، وكالأمة تعتق تحت

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: الأقل.

العبد إلا فى اليسير كالشهر؛ لأنه تبع، وألزمه أحمد مطلقًا؛ لأن تصرف الولى صحيح، والصحيح لا يبطل.

وجوابه: إن كشف[١] الغيب على أن الصحة مخصوصة ببعض المدة، فإن ادعى الصحة مطلقًا فهى مصادرة، ولا يؤاجره وصى ولا أب بعد احتلامه؛ لزوال الحجر.

وأما كراء ربعه ودوابه سنين، فاحتلم بعد سنة ولم يظن به ذلك - لزمه الباقى؛ لأن الولى معذور، ولولا ذلك لتزلزلت قواعد تصرفه.

وقال غيره: لا يلزمه إلا فيما قلّ كالنفس، وإن ظن به بعد البلوغ قبل المدة، لم يلزمه فى نفسه ولا فى ملكه؛ لعدم العذر فى التصرف.

وأما السفيه البالغ يعقد عليه وليه أو السلطان ربعه أو رقيقه، فتلزمه المدة إذا انتقل حاله؛ لأن انتقاله غير منضبط بخلاف البلوغ.

وقال غيره: إنما يؤاجر على مثل هذا هذه الأشياء نحو السنة؛ لأنه غالب كراء الناس، وله فسخ ما كثر.

قال صاحب التنبيهات: ظاهر كلامه يقتضى الخروج من الإيصاء، ولا خلاف أن هذا لا يكون فى الوصى، واختلف فى الأب، والمشهور: التسوية، بل يحمل على أنه بلغ رشيدًا.

فرع: فى الكتاب: ليس لك كراء ربع امرأتك إلا بإذنها؛ لأنها مطلقة التصرف.

الركن الثالث: الأجرة.

وكل ما صح أن يكون ثمنًا فى البياعات صح أجرة؛ لأنها معاوضة مكايسة، وقاله الأئمة.

وفى الكتاب: يصح طحن إردب بدرهم وقفيز من دقيقه، ومنعه (ح)، و (ش)؛ لأن الدقيق معدوم ليس فى الذمة، والمعدوم لا يصح إلا فى الذمة كالسلم.

وجوابه: لا نسلم أنه معدوم، بل هو أجزاء هذا القمح تفرقت، وكذلك الزيتون وعصره بنصفه؛ لأنهما لا يختلفان بعد العصر، ولجواز بيع نصفها كذلك، فإن كان يختلف امتنع، وتمتنع الإجارة على سلم الشاة بشىء من لحمها؛ لأنه مجهول قبل السلخ.

---

(١) فى أ: انكشف.

قال صاحب النكت: إن هلك القمح قبل الطحن انفسخت الإجارة لتعذر طحنه، أو بعده وقبل القبض للطعام، وكانت قيمة الويبةأربعة دراهم، كان الدرهم خمس الأجرة يأخذه أو أجرة المثل فى الأربعة أخماس.

وعن أبى الحسن: إذا دبغ جلودًا بنصفها قبل الدباغ على أن يدفعها كلها: فإن فاتت بالدباغ، فعلى الدباغ نصف قيمتها يوم قبضها، وله أجرة المثل فى النصف الآخر لحصول العمل، وإن دبغها بنصفها بعد الدباغ، فدبغت، فهى كلها لربها؛ لفساد العقد بسبب الجهالة بحال المدبوغ، وللدباغ أجرة مثله، وإن فاتت بعد الدباغ قبل قبض ربها لها بحوالة سوق فأكثر، لزمه نصف قيمتها يوم خروجها؛ لأنها يومئذ على ملك ربها، وله أجرة مثله [فى الجلود][1] كلها؛ لأنه دبغها على ملك ربها.

قال اللخمى: منع محمد مسألة الطحن؛ لاختلاف خروج الدقيق، فإن لم يعلم ضياع القمح إلا من قوله، فهل يغرمه ويطحنه ويأخذ ويبته؛ لأنه غاب عليه؟ أو يصدق مع يمينه؟ أو لا يطحن إلا ما قابل الدراهم؟ قولان لابن القاسم.

فإن طحنه ثم ادعى ضياعه، غرمه مطحونًا واستوفى ويبته؛ لأنه متهم، فإن شهدت البينة بضياعه، فلا ضمان ولا أجرة عند ابن القاسم؛ لعدم تسليم العمل.

وقيل: يأتى ربه بطعام ويطحن ما ينوب الدرهم؛ لأن العقد أوجب له الدرهم فى ذمة ربه.

وقيل: له الأجرة، فيأخذ الدرهم وأجرة المثل فيما ينوب الويبة.

ويجوز - على قول أشهب - الإجارة على الذبح أو السلخ برطل لحم؛ لأنه يحسُن[2] بيع ذلك؛ اعتمادًا على الحبس والجزر لصفة اللحم.

قال ابن يونس: منع ابن حبيب طحن القمح بنصف دقيقه، والفرق بينه وبين الويبة: اختلاف الريع.

فرع: فى الكتاب: يمتنع: إن خطته اليوم فبدرهم، أو غدًا فبنصف درهم، أو خياطة رومية، فبدرهم، أو عربية، فنصف درهم، وقاله الأئمة؛ لأنه كبيعتين فى بيعة، فإن خاط فله أجرة مثله؛ لفساد العقد.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: يجوز.

وقال غيره في المسألة الأولى: إلا أن تزيد على الدرهم، أو تنقص من نصف درهم، فلا يزاد ولا ينقص؛ لأنه رضى بذلك.

قال ابن يونس: والأول أصوب؛ كالبيع الفاسد.

وعلى قول ابن القاسم: له تعجيل الخياطة، وله أجرة المثل على أنه تعجل، وإن أخرها، فعلى أنه مؤخر.

وعن مالك في أجراء يخيطون مشاهرة، فيدفع لأحدهم الثوب على إن خاطه اليوم فله بقية يومه، وإلا عليه تمامه في يوم آخر، ولا يحسب له في الشهر: يجوز في اليسير الذي لو اجتهد فيه لأتمه، ويمتنع في الكثير.

ولو استأجره على تبليغ كتابه إلى بلده ثم قال بعد الإجارة: إن بلغته في يوم كذا فلك زيادة كذا، فكرهه. واستحسنه في الخياطة بعد العقد.

قال ابن مسعدة: هما سواء، وقد أجازهما سحنون، وكرههما غيره.

فرع: قال ابن يونس: قال مالك: يجوز دفع الثوب للخياط، وتراضيه بعد الفراغ على الأجرة؛ لذهاب الغبن.

وعنه: المنع في الجعالة والإجارة بغير تسميته؛ للجهالة عند العمل بما يتراضيان به بعده.

فرع: قال: إذا قلت: أخيطه بدرهم، وقال: بدرهمين، فخاطه، فليس له إلا درهم.

قال ابن القاسم: لأنك أعلمته بما ترضى به، وكذلك يلزم قول ساكن الدار.

فرع: قال: قال مالك: إذا ألقيت متاعك بفلاة للعجز، فحمله رجل بنفسه، فلك أخذه وإعطاء أجرة المثل، وكذلك الدابة، لربها أخذها وإعطاء النفقة، ولا شيء عليه في قيامه عليها؛ لأنه قام بنفسه[١].

فرع: في الكتاب: يجوز كراء الدابة على أن عليك رحلها، أو نقلها، أو علفها وطعام ربها، أو على أن عليه طعامك ذاهبًا وراجعًا، وإن لم توصف النفقة؛ لأنه معلوم عادة، وكذلك إجارته بكسوته أجلًا معلومًا.

قال ابن يونس: لو وجده أكولًا، له فسخ الإجارة؛ لأنه عيب، إلا أن يرضى

(١) في ط: لنفسه.

الأجير بالوسط، وليس لك إطعامه الوسط إذا لم يرض؛ لأن تلك[١] مهلكة.

وقيل: يطعمه الوسط؛ لأنه العادة، كمن أجر على حمل رجلين فأتاه بقارحين، يردهما[٢] أو يحمل الوسط.

والفرق: أن المحمول لا يتعين؛ لأنه لو مات لم يفسخ الكراء، ولو تزوجها فوجدها أكولة، لم ينفسخ النكاح؛ لأن المرأة لا ترد بغير العيوب الأربعة من العيوب.

والكراء بطعام مضمون لا يعين له أجل ولا موضع قبض ولا عادة، فاسد.

ومنع (ش) الإجارة[٣] بالمؤنة والكسوة، وبعمارة الدار؛ قياسًا على البيع، وجوزه أحمد، وخص (ح) الجواز بالظئر؛ إلحاقًا بالزوجات.

فرع: فى الكتاب: يمتنع الكراء بمثل ما يتكارى الناس؛ للجهالة، فلعله لو اطلع لم يرض.

فرع: قال اللخمى: إذا دفع خمسين جلدًا تدبغ بخمسين أخرى - جاز إن شرط تعجيلها، وإن شرط تأخيرها حتى تدبغ، امتنع؛ لأنه معين يتأخر قبضه، وإن سكت، منعه ابن القاسم؛ لأن الأجرة لا تستحق إلا بعد العمل.

وعلى قول ابن حبيب: يجوز، ويتعجل القبض؛ نفيًا للضرر[٤]، ويجوز: نصف هذه المائة بنصفها، ويتعجل النصف إن كانت مستوية فى القيمة، وإلا امتنع؛ للجهل بما يدفع من العدد لا للجهل بالأجرة؛ لأن بيع نصفها جائز على الشياع، فإن قاسمه ودفع جميعها، فله ما أخذه بقيمته يوم قبضه بعد القسمة، وله أجرة المثل فى البعض الآخر، أو دبغ هذه المائة بنصفها، يمنع اتفاقًا؛ لأن الجميع يدبغ على ملك المؤاجر، وله النصف بعد الدباغ، فإن شرع فى العمل مكن من التمادى، فإن نزعها يضره[٥]، وكذلك نسج البرد بنصفه، فإن فاتت فى يديه بعد الدباغ بحوالة سوق فما فوقه، وقد دبغت على أنه شريك فيها، ضمن نصف قيمتها يوم الفراغ.

---

(١) فى ط: ذلك.
(٢) يردها.
(٣) فى ط: الأجرة.
(٤) فى ط: للغرر.
(٥) فى ط: مضرة.

ويختلف إذا قال: لك نصفها من اليوم على أن تدبغ جميعها، فشرع فى الدباغ: هل يكون ذلك فوتًا، ويضمن نصف قيمتها؟ أو ليس بفوت؛ لأنه غير متمكن من ذلك النصف لما ألزمه أن يدبغه؟

قال: والأول أبين.

فرع: فى الكتاب: أكر هذه الدابة ولك نصف الكراء، يمتنع للجهالة، والكراء لك، وله أجرة مثله إذا عمل عليها، وما حصل بيننا فالمتحصل له، وعليه كراء المثل؛ لأنه ههنا مستأجر، وفى الأول أجير.

قال صاحب التنبيهات: اعمل عليها، فما كان بيننا، أصله: إن كان ما ينتقل[1] ويتولى هو النظر فيه، فكما تقدم، وما لا ينتقل وينظر فيه؛ كالرباع[2]، فهو أجير، والمكسب لربه، ويستوى فيه قوله: اعمل فيه، أو آجره.

فإن قال: اعمل لى عليها، بزيادة قوله: «لى»، فعن ابن القاسم فى رواية المدونة: كسبها للعامل، وزيادتها كعدمها.

وفى الجلاب: زيادتها توجب الكسب لربها؛ لأنه أضاف العمل لنفسه.

قال اللخمى: إذا قال: اعمل عليها، فأكراها:

قال ابن القاسم: الكسب للمستأجر، ولصاحبها أجرة المثل.

وفى كتاب «الشفعة»: الكراء لصاحبها؛ لأن ضمان المنافع منه، بخلاف البيع الفاسد.

فإن قال: أكرها ولك نصف كرائها، فأكراها للسفر وخرج معها أسواقًا - فله حصة السوق مع الكراء، وأجرة المثل فى تولى العقد إن كان تولى حفظها بعد انفصال الكراء، وردها فله أجر آخر.

وقوله: فى الشفعة: يعمل عليها، سواء، الكراء لربها وله أجرة المثل؛ لأنه إنما يتولى الفعل، ولو سافر بها بمتاعه فاكترى له، ولصاحبها أجرة المثل.

وأما الحمام والفرن: فإن لم يكن فيهما دواب ولا آلات الطحن، فالأجرة للعامل، وعليه أجرة المثل، وإن كانا بدوابهما، وصاحبهما يشترى الحطب، أو

---

(١) فى ط: كل ما يتنقل.
(٢) فى ط: كالدباغ.

هما، فالأجرة لصاحبها، وللعامل أجرة المثل؛ لأنه قيم فيهما، وكذلك الفندق هو قيم فيه.

وقوله: أكره، واعمل عليه، سواء.

قال ابن يونس، إذا قال: اعمل على الدابة وما حصل بيننا، فعمل ولم يجد شيئًا- فعليه كراء المثل؛ لاستيفائه العمل.

قال محمد: إن لم يسلم الدابة له، بل عمل معه، فالكسب لربها، وعليه أجرة المثل؛ لأنه أجير معه، ويمتنع: احتطب على الدابة ولى نصف الحطب، بخلاف: لى نقلة ولك نقلة؛ لأن مقدار النقلة معلوم عادة، ومقدار الحطب يختلف بكثرة النقلات وقلتها.

وأجازهما يحيى بن سعيد؛ لأن احتطاب الدابة فى اليوم معلوم عادة.

وجوز ابن القاسم: اعمل عليها، اليوم لى ولك غدًا، فإن عمل لنفسه اليوم، ثم تعقب قبل العمل لربها - فعليه كراء ذلك اليوم، وإن بدأ بالعمل لربها، ثم تعقب، دفع أجرة عمله لذلك اليوم.

وقيل: إن بدأ بيوم الأجير أتاه بدابة أخرى؛ توفية للعقد.

قال محمد: وإنما يجوز مثل هذا خمسة أيام، بخلاف الشهر؛ لأن الأجرة تتعجل بشرط تأخير القبض مدة طويلة، وهو ممنوع.

ويجوز: أستأجرك أو دابتك: اليوم تنقل كذا بدابتى، وأنقل لك غدًا، بخلاف: أعنى بكسب دابتك اليوم، وأعطيك ما تكسب دابتى غدًا، وكذلك لو كانت بينكما، أو العبد.

قال مالك: ويجوز: أستخدمك أنت اليوم وأنا غدًا، أو شهرًا بشهر، ومنع محمد إلا فى خمسة الأيام ونحوها؛ لأنه أجرة بشرط التأخير فى المعنى.

وفى النوادر: قال مالك: لا يدفع دابته بنصف ما يحطب.

قال محمد: يريد: بنصف الثمن، وأما الحطب فيجوز؛ لأن الحطب ينضبط المحصل منه عادة، والأسعار تختلف.

فرع: فى الكتاب: احمل طعامًا إلى موضع كذا، ولك نصفه، يمتنع؛ لأنه بيع معين [يتأخر قبضه][1].

---

(١) سقط فى أ.

قال ابن يونس: أجازه أشهب حتى يشترط التأخير؛ لعدم تعين الفساد، فإن نزل: قيل: للحمال نصفه، وعليه مثله في الموضع الذى حمله منه، وله أجرة المثل في النصف الآخر ما بلغ.

وأعيب هذا؛ لأنه يلزم إذا هلك الطعام أن يضمن نصفه؛ لأنه بالقبض في ذمته، بل الطعام كله لربه، وعليه الأجرة، فإن ادعيت أن المعاملة وقعت بشرط التعجيل لنصيبه، وادعى أنها وقعت بشرط التأخير - صدقت؛ لأن الأصل: الصحة، وتضمنه مثل مكيلة الآخر في موضع الحمل، ولا كراء له؛ لأنه [على][1] البلاغ، فإن كانت عادة، صدق مدعيها، وإن كانت فاسدة.

فرع: في الكتاب: يجوز إجارتك على بناء دارك هذه، والجص والآجر من عنده؛ لأن مقدار العمل والمؤن معلوم عادة.

وقال غيره: يجوز ذلك قبالة إذا لم يشترط عمل يديه، ويقدم النقد؛ حذرًا من الدين بالدين.

قال ابن يونس: هذه إجارة وبيع الآجر والجص في عقد، وقول الغير خلاف لابن القاسم، وابن القاسم يجيز عمل رجل بعينه؛ لأنه شرع في العمل.

وقيل: إنما يصح قول ابن القاسم على أحد وجهين:

إما على أن يعمل الجص والآجر بيده، فيصح؛ كما يأخذ من الخباز والجزار كل يوم مقدارًا ويؤخر الثمن، فيجوز تقديم النقد وتأخيره إذا شرع في العمل.

أو يكون المعجل من الآجر والجص يسيرًا ويتأخر الأكثر، مثل أجل السلم؛ لأنه جعله في عمل رجل بعينه فامتنع تأخير إجارته؛ لأنه عقد مع عمله سلمًا، فإن تأخر عمله لأجل سلم الآجر والجص وانتقد الأجرة، امتنع؛ لأنه رجل بعينه.

قال ابن حبيب: كل ما استعمل فيه الصناع، فهو عمل مضمون حتى يشترط عمل أيديهم، وإلا فلهم استعمال غيرهم إلا مَن العادة قصده لجودة عمله.

قال اللخمي: تجوز مسألة الكتاب إذا شرع في العمل، أو بعد الأيام اليسيرة، ويجوز فيها الثمن نقدًا أو مؤجلًا.

وإن لم يشترط شيئًا، نقد ما ينوب المدة، وما ينوب العمل انتقد منه كل ما مضى

---

(١) سقط في ط.

يوم بقدر عمله، فإن كان الصانع والمؤن مضمونين، جاز على أحكام السلم إلى أجل معلوم، ويقدم رأس المال، وإن كان للبناء عندهم زمن معلوم، حملا عليه إن سكتا، وإن شرط الابتداء بعد يوم، جاز على قول مالك فى السلم إلى ذلك، وإن كان الفراغ من العمل فى اليومين، جاز تأخير رأس المال الأمد البعيد، ويكون المعجل ثمنًا[١] للمؤجل.

وإن تأخر البناء المدة البعيدة، وجب تقديم رأس المال لأجل المضمون؛ لأن الغالب تراخى البناء إلى أجل السلم، سواء كان المتأخر المؤن أو البناء، وهذا [إذا][٢] كان المعين أو المضمون سواء، أو المضمون الأكثر، وإلا جاز تأخير جميع الثمن عند أشهب، واختلف فى المتساويين.

ويشترط تقدم ما ينوب المضمون، وتأخير ما ينوب المعين، هل يجوز كما لو اشترطا؟ أو يفسد؛ لأنه لم ينقد جميع ما ينوب المؤجل؟

وكل هذا إنما يجوز إذا وصف البناء بعدد المساكن وسعتها وعرض الحوائط وارتفاعها، وإن كان المصنوع منه غير معين وصف أيضًا.

فرع: فى الكتاب: يمتنع إجارة بيت الرحا من رجل، والرحا من آخر، ودابتها من آخر فى كل شهر بكذا فى عقد واحد؛ للجهل بحصتها من الأجرة، إلا بالتقويم، وكذلك فى الاستحقاق، وإجارة غيره؛ لجمع الرجلين سلعتيهما فى عقد.

قال ابن يونس: فإن نزل على مذهب ابن القاسم، على كل واحد أجرة مثله؛ لفساد العقد.

وقيل: تقسم الأجرة المسماة على قدر أجر[٣] هذه الأشياء.

قال ابن يونس: إن دفع له موضعًا يبنى فيه رحا بغلة يوم فى الشهر: الغلة للعامل، وعليه أجرة المثل؛ لجهالة الأجرة، ويخير بين قلع البناء، وإعطائه قيمته مقلوعًا، قاله ابن القاسم؛ لأنه استحق الهدم.

وقال يحيى بن يحيى: بل قائمًا؛ لأنه وضعه بإذنه بخلاف الاستحقاق.

وقيل: للبانى قيمة ما دخل من خشب، وآجر، وجص يوم وضعه فيها؛ لأن

---

(١) فى ط: دينًا.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: أحد.

وضعه كتسليم رب الأرض له، وله أجرة عمله فى ذلك، والغلة لرب الأرض[١]، ويرد فى الطعام مثل كيله، فإن جهل الكيل، فقيمة ذلك المقدار دون قدره حذرًا من الطعام [بالطعام][٢] متفاضلًا.

فرع: فى الكتاب: يمتنع تعليم العبد الكتابة سنة بنصفه؛ لعجزه عن قبض نصيبه قبل السنة، وقد يموت، فيذهب العمل باطلًا، ويجوز على تعليمه الخياطة بما يخيطه مدة التعليم؛ لأنه متعارف عادة.

قال صاحب النكت: إذا نزل الأول فله أجرة مثله، والعبد لسيده إن جعله له بصفته بعد السنة، وإن جعله له الآن، امتنع أيضًا، وإن فات العبد منهما، وعلى المعلم نصف قيمته للآخر، وعلى الآخر نصف قيمة تعليمه.

قال بعض الشيوخ: إذا دفعه له ليعلمه سنة، فمات فى نصف السنة، فربما كان أجر التعليم فى النصف الأول الثلثين؛ لأن تعليمه أشق، وأجر عمله الثلث؛ لضعف صنعته فى النصف الأول، وفى النصف الثانى الثلثين؛ لقوتهما، فحينئذ يسقط من أجرة المثل نصفها، ويكمل له الثانى، وعلى هذا التقدير يعمل.

وإن استأجر العبد على حمل الطعام إلى بلد بنصفه، ولم يشترط قبضه[٣] الآن ولا فى البلد:

فعلى مذهب ابن القاسم: هو على الفساد حتى يشترط القبض الآن.

ويجيزه غيره حتى يشترط تأخيره للبلد، فإن شرط تأخيره للبلد، وحمل الطعام.

قيل: يكون للحمال نصفه، وعليه مثله فى الموضع المحمول منه، وله كراؤه فى النصف الآخر.

وقيل: يلزم على هذا: لو هلك الطعام أن يضمن نصفه؛ لأنه بالقبض حصل فى ذمته وهو بعيد؛ لأنه إنما جعله له بعد الوصول.

قال ابن يونس: قال أبو محمد فى المسألة الأولى: إذا عثر عليه بعد السنة له أجرة المثل، فإن فات بيد المعلم بعد السنة، فالعبد بينهما، وعلى المعلم نصف

---

(١) فى ط: الأصل.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: نصفه.

قيمته يوم تمام السنة معلمًا، وله أجرة مثله، ولو شرط القبض الآن، ففات بيد المعلم قبل تمام السنة، فله نصف قيمة تعليمه، وعليه نصف قيمة العبد - الآن - يوم قبضه، ويكون بينهما.

فرع: قال ابن يونس: أجاز مالك إجارة شهرين: شهر بخمسة، وشهر بثلاثة؛ لأن كل شهر بأربعة إلا أن يريد لكل شهر ما سمى؛ لتقع عليه المحاسبة عند المرض أو الموت؛ لأنه يتعين فى بيعه.

فرع: فى الكتاب: إذا أراد الصناع أو الأجراء تعجيل الأجرة، وخالفتهم - حملتها على العادة، فإن فقدت لم يقض بها إلا بعد العمل؛ لأنها أحد العوضين؛ كثمن البيع لا يستحق إلا بعد تسليم المبيع.

وأما فى الدار والراحلة وبيع السلع، فيقدر ما مضى؛ لأن المدد، والرواحل، والسلع فى حكم المبيع المتعدد، وليس للخياط بقدر ما خاط من القميص؛ لأنه لم يأخذه على ذلك.

قال اللخمى: إذا ضاع بعد تمام الخياطة:

قال ابن القاسم: لا أجرة له، فعلى هذا: لا يستحق بخياطة بعضه شيئًا؛ لعدم التسليم.

وقال مالك: له الأجرة، فيكون له من الأجر بقدر العمل، إلا أن تكون مقاطعة؛ لأنه لو هلك بعد العمل لم يكن له شىء.

قال ابن يونس: كره مالك نقد الكراء فى السفن؛ لأنها لا تجب إلا بعد البلاغ.

وجوزه ابن نافع، وقال: له من الكراء بحساب ما بلغ، فإن عطب قبل الإقلاع وادعيت النقد، صدق عليك؛ لأن الأصل: عدمه، ولا يشهد بعضهم لبعض؛ للتهمة.

وقيل: يجوز؛ كما فى [قطع][1] الطريق.

وفى الجواهر: لا يتعين تعجيل الأجرة بالعقد، لكن بالشرط، أو العادة، أو يقارن العقد ما يوجب التقديم، أو يستلزم التأخير محذورًا فى العرض المعين، والطعام الرطب ونحوها، وإلا فلا يستحق إلا بالتمكين من استيفاء ما يقابل ذلك الجزء.

---

(١) سقط فى ط.

قال الشيخ أبو الحسن: كلما استوفى منفعة يوم، وجب عليه أجرته، ووافقنا (ح).

وقال (ش)، وأحمد: تملك بالعقد؛ كالثمن[١] فى المبيع.

ولأن العقد سبب لملك العوضين، والأصل: ترتب المسببات على أسبابها.

لنا: ما رواه ابن ماجه قال - عليه السلام -: «أَعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ، قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ»[٢] فدل على أن الاستحقاق بعد العمل.

ولقوله - تعالى -: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] والفاء للتعقيب.

ولأن تسليم المنفعة شيئًا فشيئًا فتكون الأجرة كذلك؛ تسوية بين العوضين.

وبه يظهر الفرق بين الإجارة، والبيع، والنكاح، بل ينقلب قياسهم، فنقول: لم يسلم أحد العوضين فلا يجب عليه تسليم الأجرة[٣]؛ كالبيع.

وينبنى على هذا المدرك فرعان:

أحدهما: أن المنفعة هل تحدث على ملك الأجير؟ وقاله (ح)، وهو مقتضى أصولنا، أو على ملك الآجر[٤]، وقاله (ش)، وأحمد.

وثانيهما - كما قال (ح) -: أن الأجير لا يستحق الأجرة إلا بأحد ثلاثة أشياء: الاستيفاء، أو الشرط، أو التعجيل.

قال: إذا أعتق رب الدار العبد المستأجر به، لم ينفذ عتقه؛ لعدم ملكه بالعقد، فإن عجله له، نفذ العتق. ولو لم يقبض العبد حتى سكن شهرا من المدة، عتق على رب الدار حصة الشهر، وعلى المؤجر الباقى.

قال صاحب الجواهر: إن استأجر بعرض معين، والعرف التأخير - فسد العقد عند ابن القاسم، إلا أن يشترط التقديم، وصح - عند ابن حبيب - ؛ لأن العرف الفاسد لا يعتبره الشرع، وهو أصل مختلف فيه بين ابن القاسم والمدنيين، ويكفى

---

(١) فى ط: لا لثمن.

(٢) أخرجه عن ابن عمر: ابن ماجه (٢٤٤٣).

(٣) فى ط: الآخر.

(٤) فى ط: الآخذ.

فى الاستيفاء: التمكن، وإن لم يستوف، وقاله الأئمة؛ كما لو سلم له المبيع فتلف عنده.

فرع: وفى الكتاب: يجوز النقد فى الكراء للمركوب[١] اليومين ونحوهما، ويمتنع فى الشهر؛ لئلا يكون تارة بيعًا، وتارة سلفًا، ومنع غيره كراء الراحلة المعينة لذلك، [كما][٢] يمتنع بيعها، واشتراط قبضها بعد ذلك الأجل، فكذلك[٣] يمنع كراؤها ذلك.

والفرق - عند ابن القاسم -: أن فى البيع: ضمانها من المشترى، فهو غرر [و][٤] فى الكراء: ضمانها من المكرى، ويمتنع النقد فى كراء الخيار إلا أن يشترط الخيار فى مجلسه؛ لأنه فى حكم البت، ويصير فى الأول: إذا اختار الإمضاء أخذ من الدين الذى له كراء راحلة.

قال ابن يونس: وأجازه أشهب.

قال مالك فى الكراء المضمون للحج فى غير إبانة: لا يؤخذ النقد كله بل ينقد الدينارين ونحوهما، وكان يقول: ينقد ثلثى الكراء، وفى المضمون إلى أجل: نحو هذا.

ولو كان مضمونًا لغير أجل، وشرع فى القبض، جاز غير هذا؛ لأن قبض الأوائل كقبض الأواخر بالجملة، وامتنع[٥] فى الأول تأخير الجميع؛ لأنه كرأس مال السلم، وإنما جاز تأخير القبض؛ لئلا يذهب الأكرياء بأموال الناس.

وفى الكتاب: إذا كانت الأجرة حيوانًا، فتشاحًا فى النقد ولم يشترطا شيئًا، وسنة البلد: النقد - جاز قبضها، وكذلك كل معين من الطعام والعروض، فإن لم تكن سنتهم النقد، امتنع الكراء، وإن تعجلت هذه الأشياء إلا أن يشترطا النقد؛ لأنه معين يتأخر قبضه، فإن كانت دنانير معينة وتشاحا فى النقد وهو العادة، قضى به، وإلا امتنع الكراء، إلا أن يعجلها؛ كبيع سلعة بدنانير ببلد آخر عند قاضٍ أو غيره، إن

---

(١) فى ط: للركوب.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: فلذلك.
(٤) سقط فى ط.
(٥) فى أ: الجملة والمبيع.

شرط ضمانها، إن تلفت، جاز وإلا فلا، وكذلك ههنا لا يجوز إلا إن اشترط فى الدنانير: إن تلفت فعليه مثلها، ويمنعُ اشتراط هذا فى الطعام والعرض فى بيع، ولا كراء؛ لأنه لا يدرى: أى الصفقتين ابتاع؟

وجوزه غيره فى الدنانير، وإن تلفت ضمنها، وإن أكريته(١) لمكة بعرض أو طعام أو دنانير معينة، والعادة التأخير، ففات المحل ولا فسخ فلابد من الفسخ؛ لفساد العقد، وقاله غيره، إلا على الجائز حتى يصرحوا بالفساد إلا فى الدنانير؛ لأن تعيينها غير مقصود، وإن شرط فى المعينات ألا ينقد إلا بعد يومين، لا يعجبنى إلا لعذر؛ كالتوثيق للإشهاد ونحوه، ولا يفسخ لقوله؛ لأن(٢) الأصل فى تصرف المسلمين الصحة؛ لقرب المدة.

قال صاحب التنبيهات: قوله بالفساد إذا تعودوا(٣) التأخير: هو على أصله فى حمل السكوت على العادة الفاسدة حتى يصرحوا بالجائز.

وابن حبيب [يحمل على الجائز حتى يصرحوا بالفساد؛ لأن الأصل فى تصرف المسلمين: الصحة](٤).

وفى الكتاب: إذا طلب إكمال الكراء قبل الركوب، أو بسير قريب، حملتها على العادة، فإن عدمت، فكالسكنى، لا يعطى إلا بقدر ما سكن، وإن عجلت بغير شرط، فلا رجوع لك.

فرع: قال فى الجواهر: يمتنع السلخ بالجلد، وقاله الأئمة؛ للجهل بصفته بعد السلخ، هل رقيق أم لا؟ سالم من القطع أم لا؟.

فرع: قال: قال ابن حبيب: احصد زرعى كله، أو اطحن قمحى كله ولك نصفه - يمتنع، وهو كله لربه، وعليه أجرة المثل، وإن تلف، فلا أجر له، وإن شرط أن يترك متى(٥) شاء؛ لأنها جعالة تبقى للجاعل بعد الترك.

فائدة: ولو قال: احصده أواطحنه ولك نصفه، جاز؛ لأن الأول اشترط الجميع،

---

(١) فى أ: اكترت.
(٢) فى ط: على.
(٣) فى أ: أو العود.
(٤) سقط فى أ.
(٥) فى ط: منهما.

وقد يعجز عنه بخلاف الثانى.

ولو قال: فما خرج فلك نصفه، امتنع؛ للجهل بصفة الخروج، والأول ملكه النصف الآن. فإن استأجره على الطحن بصاع من الدقيق، فأجيز كبيعه، ومنع محمد؛ لأنه قد يهلك بعد العمل، فيذهب عمله مجانًا.

وفى الكتاب: يجوز: طحن قمحك هذا بقفيز منه ودرهم.

وفى النكت: قال بعض الشيوخ: إن هلك القمح قبل الطحن انفسخت الإجارة، أو بعده وقبل قبض ربه له: فإن كانت قيمة القفيز أربعة دراهم، علمنا أن الدرهم خمس الأجرة، فيدفع إليه الدرهم، وإجارة مثله فى طحين أربعة أخماس القمح؛ لأن القفيز ليس فى الذمة، فهلاكه يوجب الفسخ فيما يقابله، فيبقى بغير عقد، تجب أجرة المثل.

وفى النوادر: قال ابن القاسم: احصد زرعى ولك نصفه، فيحصده أو بعضه، فيحترق - فضمانه بينهما[1]، وعليه حصاد مثله، أو ما بقى؛ لأنه شريك بأجرته.

وعنه - أيضًا -: عليه نصف قيمة الزرع، وليس عليه حصاد نصفه؛ لأن الزرع يختلف.

ولو قال: ما حصدت، فلك نصفه، فالمحصود منهما، وما لم يحصد، من ربه؛ لعدم تناول العقد إياه، لقوله: فما حصدت فلك نصفه.

واحصده كله، وادرسه، وصفه، ولك نصفه - فكله من ربه، وللأجير أجره؛ لفساد الإجارة.

فرع: فى الجواهر: تمنع الرضاعة بجزء من الرضيع بعد الفطام، وقاله الأئمة، للجهل بصفته حينئذ.

فرع: فى الكتاب: تجوز سكنى دار بسكنى دار أخرى، وكل ما جاز إجارته جاز أجره، وقاله أحمد و (ش) ؛ قياسًا للمنافع على الأعيان، وجوزه (ح) فى اختلاف[2] الجنس كالسكنى بالخدمة، ومنعه مع اتحاده؛ حذرًا من الدين بالدين؛ إذ لا يتصور إلا مع الاتحاد.

---

(١) فى ط: منهما.
(٢) فى أ: اختلافه.

وجوابه: لا يتحقق الدين إلا أن يكون فى الذمة ويتأخر. وهذه المنافع فى الأعيان[١] أو فى الذمم، وقد شرع فيها فليست[٢] دينًا.

فرع: فى الكتاب: إذا كانت الأجرة عبدًا بعينه فمات قبل قبضك له - فهو منك؛ كالبيع، ويلزمك الكراء، ولو كان فى بيته فوصفه لك، فهو منه؛ لأنه بيع غائب على الصفة، وانتقض الكراء؛ لتعذر الأجرة، ولك فيما سكن أجرة المثل.

وكذلك لو استحق، أو رد بعيب، ولو اطلعت على العيب بعد هلاكه، رجعت بحصة العيب، وانتقض من الكراء بقدرها.

قال ابن يونس: قال أبو إسحاق البرقى: أجرة المثل فيما سكن وما لم يسكن، وكذلك استحقاق خدمته.

قال ابن حبيب: إن كان العيب كثيرًا يضر بالمشترى إذا رجع بالسكنى، خير بين السكنى والرد، ويرجع بقيمة ثوبه معيبًا.

فرع: قال اللخمى: يجوز كراء الأرض بالأرض: المأمونة بالمأمونة، كان العمل فى عام واحد أم لا، وتمتنع المأمونة بغير المأمونة إذا قدمت المأمونة؛ لأنه نقد فى غير مأمون، ويجوز العكس، فإن سلم زرعها، تم، وإلا بقيت المأمونة لربها، ويمتنع فى غير المأمونتين، وإن عملا فى عام واحد، فقد سلم أحدهما دون الآخر، إلا أن تكونا من أرض المطر، وهما متقاربتان، وعملا فى عام.

فرع: فى الكتاب: إذا اكترى بدنانير لم يصفها، والنقد مختلف، فسخ للجهالة إلا أن يكون عادة.

فى الكتاب: يمنع كراؤها على أن يغرسها شجرًا، والثمرة للمكترى، أو الشجر لك؛ للجهالة والغرر.

قال ابن يونس: جوزه أشهب إذا سمى مقدارها؛ كالبنيان لا يدرى كيف يكون.

وقيل: يمتنع فيهما إذا كان البناء يتغير فى تلك المدة.

وقيل: يجوز فى البناء وحده؛ لأنه ينضبط فى العادة أكثر من الشجر.

وقيل: يمتنع فيهما.

---

(١) فى ط: أعيان.

(٢) فى ط: فيما ليست.

فرع: فى الكتاب: إذا تشاحا فى النقد فى الأرض وثَمَّ عادةٌ، قضى بها، وإلا فإن كانت تروى مدة، لزم النقد إذا رويت؛ لتيقن حصول المنفعة، أو تروى بالسقى والمطر بعد الزراعة، فلا ينقد إلا بعد تمام ذلك؛ لتوقع التعذر.

وقال غيره: إن أمكن السقى تعين النقد، فإن كانت تزرع بطونًا كالبقول، نقد كل بطن حصته بعد سلامة منفعته.

وقال غيره: ينقد أول بطن؛ لأنه مأمون.

والفرق بين الدور والرواحل، وبين الأرضين غير المأمونة: أنه ليس [له](١) بحساب ما مضى فى الأرض إذا عطش الزرع، وفيهما: كل وقت يمضى يجب كراؤه، وتحصل منفعته.

فرع: فى الكتاب: يمتنع كراء الأرض بما تنبته، كان طعامًا أم لا؛ كالكتان والقطن تنبته أم لا، كاللبن والسمن والصبر والأشربة والأنبذة.

وجوزه (ش)، و (ح) بالطعام؛ قياسًا على الدور وغيرها.

لنا: ما فى مسلم من نهيه - عليه السلام - «عَنِ الْمُحَاقَلَةِ، والْمُزَابَنَةِ، وَالْمُعَاوَمَةِ، وَالمُخَابَرَةِ»(٢).

فائدة: فى الكتاب: المحاقلة: شراء الزرع بالحنطة، وكراء الأرض بالحنطة، وهو من الحقول وهى المزارع.

والمزابنة: بيع المعلوم بالمجهول من جنسه.

والمعاومة: بيع الثمار أعوامًا.

والمخابرة: قال فى الكتاب: كراء الأرض بما يخرج منها.

وفى المقدمات: الخبر حرث الأرض، ومنه المخابرة - أيضًا -، وهى كراء الأرض بما يخرج منها.

قلت: وقد ذكر بعض العلماء الفرق بين العليم، والخبير: أن الخبرة: هى إدراك الأشياء الخفية، والعلم: عام فى الخفية والجلية. والحرث إظهار ما خفى من الأرض، فأمكن أن تكون المخابرة والخبرة من معنى واحد، إما بالحقيقة أو

---

(١) سقط فى ط.

(٢) أخرجه من حديث جابر (٣/ ١١٧٥) كتاب البيوع: باب النهى عن المحاقلة والمزابنة (٨٥/ ١٥٣٦).

بالاستعارة فى الأصل، ثم اشتهرت فى الحرث، فصارت حقيقة عرفية عامة.

قال: وكما يخاف بكرائها ببعض ما تنبت من الطعام طعام بمثله إلى أجل، يخاف من طعام لا تنبته طعام بطعام إلى أجل.

قال: ويمتنع بالفلفل، وزيت زريعة الكتان، والزعفران، أو عصفر لا تنبته، ويجوز بالعود، والصندل، والخشب، والعين.

قال ابن يونس: قال سحنون: إنما جاز العود ونحوه؛ لأنها أمور يطول فى الأرض مكثها.

وقيل: يجوز كراؤها شهرين بما لا تنبته إلا فى سنة؛ قياسًا على الخشب.

وفى كتاب محمد: جواز كرائها بالحشيش؛ لأنه لا يزرع، وهذا التعليل إشارة إلى علة أخرى فى العود ونحوه، وهو أن ما ينبت من الأرض بالعلاج يمتنع، أو بغير علاج - غالبًا - كالعود، يجوز.

وأجاز ابن نافع كراءها بسائر الطعام إلا الحنطة.

وعن ابن كنانة: يمتنع بكل شىء إذا أعيد فيها ينبت، ويجوز غيره من الطعام وغيره؛ لتعذر التعامل فى الطعام.

قال سحنون: كراؤها بجزء ما يخرج منها جرحة، كان ذلك مذهبه أو قلد فيه غيره، إذا علم التجريح؛ لتظافر النصوص بالمنع فى ذلك، فيمتنع التقليد، وإن وقع، فكراؤها من الدراهم، وحكم جميع قضاة المغرب بقيمة ذلك الجزء؛ لأن الأرض لا قيمة لها بالمغرب من النقدين، ويجوز كراؤها بالماء؛ لأنه ليس طعامًا.

وفى النوادر: أجاز ابن نافع بالطعام إلا الحنطة وأخواتها إذا كان ما يكرى به خلاف ما يزرع فيها.

فرع: فى الكتاب: يجوز كراء الأرض بشجر بأصولها إن لم يكن فيها يومئذ ثمر، وإلا امتنع كما يمتنع شراء شجر فيها ثمر بطعام؛ لأنها معاملة بالطعام، ويجوز بيع الأرض بذلك كما تباع بذلك بالطعام.

قال ابن يونس: يريد بالمنع: إذا كان فيها ثمر لم يؤبر، ولو أبر لجاز؛ لأنها تبع.

فرع: يجوز كراء الأرض يقبضها قابلًا بألف درهم إلى عشر سنين، وليس دينًا بدين؛ لأن الأرض ليست فى الذمة.

فرع: فى الكتاب: إذا أكرى بخمر ودراهم فى صفقة، فسد الجميع، وإن رضى

بترك الخمر، وليس كالبيع والسلف.

والفرق: أن الخمر جزء الثمن، فهو ركن العقد، فيكون الفساد متمكنًا، والفساد فى السلف: انتفاعه، وقد أسقطه فبطلت المفسدة.

فرع: إذا حل كراؤها لا يفسخه فى ثياب يتأخر قبضها إلى ثلاثة أيام؛ لأنه دين بدين.

فرع: يمنع: إذا زرعت شعيرًا فبكذا، أو قمحًا فبكذا، أو إما بهذا الثوب، أو بهذا العبد؛ لأن الثمن - معينًا أو مضمونًا - على اللزوم؛ لأنه بيعتان فى بيعة، ويجوز على عدم اللزوم لكل واحد منكما؛ لتجرد اللزوم عند التعيين[1] على معلوم حينئذ.

فرع: فى الكتاب: يمتنع كراؤها بنصف ما تنبته من قمح ونحوه؛ للجهالة، بخلاف: اغرسها نخلًا أو شجرًا، فإذا بلغت كذا وكذا سعفة، أو الشجر قدر كذا، فالأرض والشجر بينهما نصفين، أو على أن البنيان والأرض بينهما؛ لأن كراء الأرض بذلك جائز ابتداء.

وإن قلت: فالأصول بيننا - فقط - مع مواضعها من الأرض، جاز، وإن اشترط المواضع وشرطت بقاءها فى أرضك حتى تبلغ، امتنع؛ للجهالة.

قال ابن يونس: إذا اكتراها بنصف ما يخرج منها، فالزرع للزارع وعليه كراء المثل؛ لأن العمل والزرع من عنده، فأشبه الشركة الفاسدة: إذا أخرج أحدهما الأرض، والآخر البذر والعمل.

قال: ولا يبعد أن يقال: نصف الزرع أفاته العامل فى نصف الأرض بإذنه، فعلى رب الأرض نصف البذر، وأجرة العامل فيه، ويترقب نصف العامل الذى زرع لنفسه، إن تم أدى الكراء، وإلا سقط عنه [كراء][2] ما زرعه لنفسه. وأما إجارته فى نصف رب الأرض فثابتة - تم الزرع أم لا.

ومقتضى قوله: إن الأرض بينى وبينك نصفان: أن يكون زرع نصف الزريعة لرب الأرض، فيكون عليه مثلها؛ لأن أرضه قبضته، وللعامل إجارته فى زرع نصف الأرض، وينتظر الذى زرعه العامل لنفسه، فعليه كراء المثل إن حكم بالفسخ فى إبان الزراعة وتم زرعه، وإلا فلا، وإن لم يحكم بالفسخ حتى تم الزرع، فلا كراء عليه.

---

(١) فى أ: التعين.
(٢) سقط فى ط.

فرع: فى الكتاب: يمتنع دفع أرضك ليزرع لك فيها حنطة من عندك ببعض أرضك يزرعه لنفسه؛ لأنه كراؤها بما تنبته، بخلاف: تزرعها بحبك على أن له بعضًا من أرض أخرى غير مزروعة؛ لأن الأرض قبالة العمل دون البذر، كما يجوز غرسه لك نخلًا بأرض أخرى.

فرع: قال الأبهرى: إذا تكارى للحج فى غير إبانه لا يؤخر النقد؛ لأنه دين بدين.

فرع: قال: يمتنع حمل الزرع على أن له فى كل مائة أردب يخرج عشرة أرادب؛ لأنه لا يدرى كم أردب يخرج، ويجوز بالقتة لأنها تحرز.

الركن الرابع: المنفعة، ولها ثمانية شروط:

أن تكون مباحة.

جائزة الدفع للعبد.

متقومة.

مملوكة.

غير متضمنة استيفاء عين بالأصالة.

مقدورًا على تسليمها.

حاصلة للمستأجر.

معلومة.

فنذكر هذه الشروط بمداركها، وفروعها مبسوطة إن شاء الله تعالى.

الشرط الأول: الإباحة؛ احترازًا من الغناء وآلات الطرب ونحوهما؛ لأن ثبوت الملك على العوض فرع ثبوته على المعوض.

ولقوله - عليه السلام - «إِنَّ اللهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ»(١).

ولقوله - عليه السلام - «لَعَنَ اللهُ الْيَهُودَ: حُرِّمَتْ عَلَيْهِمُ الشُّحُومُ فَبَاعُوهَا وَأَكَلُوا أَثْمَانَهَا»(٢).

قال سند فى كتاب «الصرف»: بيع أوانى الذهب جائز إذا اشتراها لبيعها من

(١) أخرجه أحمد فى المسند (١/ ٢٩٣)، والطبرانى فى الكبير (١٢/ ٢٠٠) (١٢٨٨٧)، وأخرجه من طريق آخر الدارقطنى فى السنن (٣/ ٧).

(٢) أخرجه البخارى (٢٢٣٦)، (٤٢٩٦)، (٤٦٣٣)، ومسلم (٧١/ ١٥٨١).

الذمة، أو ممن يتجر فيها، كثياب الحرير المخيطة للرجال، أو ليدخرها للزمان؛ لتباع عند الحاجة من غير انتفاع؛ لأن النهى إنما ورد فى الانتفاع، والاستصناع يتخرج على هذا التفصيل.

وفى الجواهر: قال ابن الجلاب، وعبد الوهاب: اقتناؤها[١] من غير استعمال محرم.

قال أبو الوليد: لو لم يجز اتخاذها لفسخ بيعها، وقد أجازه فى الكتاب.

قال ابن شاس: هذا غيرصحيح؛ لأن تملكها يجوز إجماعًا، بخلاف اتخاذها، بل فائدة الخلاف فى منع الإجارة عليها، وعدم الضمان على متلفها من غير جوهرها، فالمخالف يجيز الإجارة عليها، ويوجب الضمان على متلفها من غير جوهرها.

وفى الكتاب: يكره للأعزب إجارة الحرة ليس بينه وبينها محرم، أو أمة يخلو معها أو يزاملها فى المحمل.

قال اللخمى: يحرم فى الأعزب كان مأمونًا أم لا؛ لقوله - عليه السلام - «لَا يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ لَيْسَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا مَحْرَمٌ»[٢].

ويجوز فى المأمون ذى الأهل، وتمتنع فى غير المأمون ذى الأهل، إلا أن تكون متجالة لا رغبة للرجال فيها، أو شابة وهو شيخ فان.

فرع: قال اللخمى: إجارة الحمامات للرجال جائزة: إذا كانوا يدخلون مستترين، وللنساء إذا كن يستترن فى جميع أجسادهن.

وممنوعة: إذا كن يتركن السترة جملة.

ومختلف فيها: إذا كن يدخلن بالمئزر؛ بناء على أن المرأة بالنسبة للمرأة كالرجل أم لا، وفى الترمذى «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ فَلَا يَدْخُلِ الْحَمَّامَ إِلَا بِمِئْزَرٍ، وَمَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ فَلَا يُدْخِلْ حَلِيلَتَهُ الْحَمَّام»[٣].

---

(١) فى أ: إنشاؤها.

(٢) أخرجه عن ابن عباس: البخارى (٥٢٣٣)، ومسلم (١٣٤١/٤٢٤).

(٣) أخرجه عن جابر: الترمذى (٢٨٠١)، والطبرانى فى الأوسط (٥٩٢)، وابن عدى فى الكامل (٧٢٨/٢)، ومن طريق آخر أخرجه أحمد (٣٣٩/٣)، والنسائى (١٩٨/١)، وابن خريمة (٢٤٩)، والحاكم (٢٨٨/٤)، والخطيب فى تاريخه (٢٤٤/١).

وأطلق (ش)، و (ح) جواز الإجارة للحمام، وكرهها أحمد؛ لأنها موضع النجاسات والقاذورات، ومأوى الشياطين، وما ذكرنا من التفصيل أليق؛ فإن حاجة أكثر الناس تدعو إلى دخولها لطهر الحيض والجنابة وإزالة الأوساخ ومداواة الأمراض. مع أن صاحب الجواهر قد نقل الإجماع على امتناع دخولها مع من لا يستر عورته.

قال اللخمى: ويمتنع إجارة الحوانيت والدور إذا كان يفعل فيها المحرمات؛ كبيع الخمور والمغصوب وآلات الحروب؛ لأن الغالب اليوم ألا يقاتل بها إلا المسلمون[1]، فإن [وقع][2] تصدق بالكراء، فإن أجره من يهودى يرابى فيه، لم يتعرض له؛ لأن ذلك من دينهم إن عمله هو والذمة، وإلا لم يؤاجر. ويمتنع من ذمى يبيع الخمر فيه؛ لأنهم لم يعطوا العهد على إعلان الخمر، ولا يؤاجر داره ممن يعملها كنيسة، فإن نزل، فسخ من القيام وتصدق بالأجرة إن فات.

وقيل: إذا أجره للخمر ففات لم يفسخ، أو دابته للرواح إلى الكنيسة؛ لأنه باع منافع يجوز له بيعها، إنما المنتفع فعل ما يحرم عليه، فلو أجر الذمى ليبيع خلا فباع خمرًا، لا يختلف؛ لمساواة الخمر والخل فى الضرر، فلو أكراه ليسكن، فباع الخمر، ولم يعلم بذلك المكرى[3] قومت الدار ثلاث قيم: للسكنى، وقيمة ما يضر كمضرة الخمر، وقيمته مع الخمر، وتصدق بما يزاد؛ لأجل الخمر، فإن علم بذلك، تصدق بالجميع، كأنه فسخ الأول فى الثانى، لما علم بالثانى.

وقيل: لا يتصدق، فلو أكراه لبيع الخمر فصرف ذلك للسكنى، كان الكراء للمكرى؛ لأن الأول غير منعقد، وإقرار الثانى عقد آخر، إلا أن يكون كراء الثانى أقل، فيحط عنه ما بين الكرائين، قاله ابن حبيب.

فإن تعدى على الحانوت فباع فيها الخمر تعديًا، أخذ كراءها إن كان المتعدى ذميًا، ولا شىء له إن كان مسلمًا، قاله ابن القاسم؛ لأن المنفعة معدومة شرعًا، وله الأجرة - عند ابن حبيب -، إلا أن يكون لا يكسب إلا بثمن الخمر.

---

(١) فى أ: المسكبون.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: الكرى.

وفى الكتاب: لا يكرى دابته لتركب لعيدهم، وشاته لتذبح لذلك.

قال صاحب النكت: تقوم الدار بغير شرط كونها كنيسة، ويتصدق بما بين الثمنين إن باع، وبالكراء كله إن أجر؛ لأن المنافع المحرمة لا تقابل بالأعواض.

وإجارة المسلم نفسه ثلاثة أقسام: لرعاية الخنازير وحمل الخمر، تفسخ أبدًا، فإن فات تصدق بالأجرة.

وعلى الخدمة والمهنة[1] تفسخ أبدًا، فإن فاتا لم يتصدق؛ لأنها قبالة منفعة مباحة، وإنما منعت لوصف خارج، وهو إهانة الإسلام.

وعلى شيء لا يكون فيه تحت يد الذمى ولا مهنته؛ كالقراض والحراسة، فإذا نزل مضى بالمسمى. ويكره فى الكتاب: أن يكون عامل قراض للذمى، وكره ابن القاسم إجارته للحراسة له، والحرث، والبناء؛ لقوله - عليه السلام -: «الإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى عَلَيْهِ»[2].

قال اللخمى فى العتبية: إذا وقع كراء العبد أو الشاة لا يرد؛ لأن المعصية خارجة عن أركان العقد؛ كالبيع عند أذان الجمعة، وككراء الحانوت لبيع الخمر والعنب يعصر خمرًا - يفسخ.

والفرق: أن منافع الدابة تنقضى قبل المعصية، والشاة بعد الذبح ذكية يجوز أكلها، والمنافع تستوفى على ملك المؤجر فى دار الكنيسة ونحوها، فتباشر المعصية المنفعة.

ولو أجره على زق زيت فإذا هو خمر؛ فله الأجرة ويتصدق بما تزيد الأجرة؛ لكونه خمرًا، والعقد بينهما باقٍ فى زق ثان، فإن قال: خمرًا فوجده زيتًا، فأجرة المثل؛ لفساد العقد.

فرع: فى الكتاب: يجوز على طرح الميتة والدم والعذرة؛ لأن الغرض إبعادها لا هى، ويمتنع على الميتة بجلدها؛ لامتناع بيعه وإن دبغ.

فرع: فى الكتاب: يكره للمسلم كراء أرض الجزية ذات الخراج؛ لما فيها من

---

(١) فى أ: والمشهور.

(٢) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٢٥٢) من حديث عائذ بن عمرو، وعلقه البخارى، وحسنه الحافظ فى الفتح (٣/ ٥٨٤)، ورواه الطبرانى فى الصغير (٢/ ١٥٣) (٩٤٨) من حديث عمر، وضعفه الحافظ فى التلخيص (٤/ ٢٣١).

الذلة، فإن أكريتها فأخذ السلطان منك الخراج: فإن لم يكن الذمى أداه، رجعت عليه به، وإلا فلا؛ لأنها مظلمة عليك.

فرع: فى الجواهر: تمتنع على قلع الضرس الصحيحة، وقطع اليد السالمة؛ لتحريم إفساد الأعضاء شرعًا.

فرع: كره مالك فى النوادر: نقط المصاحف بالحمرة والصفرة، ومقتضاه: كراهة الإجارة عليها.

الشرط الثانى: قبول المنفعة؛ احترازًا من النكاح لأنه[1] مباح يتعذر بدله شرعًا، وما تعذر بدله امتنع أخذ العوض عليه؛ لأن أخذ العوض فرع انتقال المعوض.

الشرط الثالث: كون المنفعة متقومة؛ احترازًا من التافه الحقير الذى لا تجوز مقابلته بالمال فى نظر الشرع.

قال فى الجواهر: واختلف فى استئجار الأشجار لتجفيف الثياب، ومنع ابن القاسم استئجار الدراهم والدنانير لتزيين الحوانيت، وكل ما لا يعرف [بعينه؛][2] خشية السلف بزيادة الأجرة، وأجاز ذلك القاضى أبو بكر وغيره إذا كان ربها حاضرًا معها، وجوزه الأئمة مطلقًا، إلا (ش) منعه؛ لعدم التقويم، ومنع الطعام للزينة، والتفاحة للشم بخلاف التفاح الكبار، ومنع الأشجار للتجفيف، كل ذلك لعدم التقويم.

فرع: قال اللخمى: إجارة الثياب والحلى للشىء اليسير، أجازها مالك مرة، وكرهه أخرى؛ لأن أخذ الأجرة على ذلك ليس من مكارم الأخلاق، والقولان فى الكتاب.

فرع: فى الكتاب: يجوز كراء المصحف؛ كبيعه، وعلى كتابته، وعلى تعليمه كل سنة بكذا، وعلى الحذاق، أو تعليمه كله أو جزئه بكذا؛ لأنه متقارب عرفًا، وقاله (ش) غير أنه اشترط التحديد بالسور، أو بالزمان لتكون المنفعة معلومة؛ لقوله - عليه السلام - فى الصحيحين: «أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللهِ»[3] ومنع (ح)، وأحمد أجرة التعليم، وكل ما فيه قربة تختص بالمسلم؛ كالأذان، والصلاة،

---

(١) فى ط: فإنه.

(٢) سقط فى ط.

(٣) أخرجه البخارى من حديث ابن عباس (٥٧٣٧)، وأخرجه البخارى (٢٢٧٦)، ومسلم (٦٥/ ٢٢٠١) من حديث أبى سعيد الخدرى.

والحج؛ لما فى الترمذى: قال عثمان بن أبى العاص: «آخِرُ مَا عَهِدَ إِلَىَّ النَّبِىُّ - عَلَيْهِ السَّلَامُ -: أَنِ اتَّخِذْ مُؤَذِّنًا لَا يَأْخُذُ عَلَى أَذَانِهِ أَجْرًا»[١].

ولأنها قرب يعود نفعها على آخذ الأجرة، والعوض والمعوض لا يجتمعان لشخص.

والجواب عن الأول: أن ترك الأخذ أفضل إجماعًا، فالأمر به لا يدل على تحريم الأخذ.

وعن الثانى: أن الأجرة قبالة التزام المواضع المعينة فى الأذان ونحوه، أو قبالة تعيين ما لم يتعين على أخذ الأجرة، وليست[٢] قبالة أصل القربة.

فهذه الأشياء وإن كانت قربًا لكن لا يتعين على المسلم فعلها بالأجرة[٣] للتعين.

وجوز الإجارة على الخط، والحساب، وبناء المساجد، وكتابة المصاحف؛ لأن فعل هذه لا يتوقف وقوعه على أهلية التقرب، من الإسلام وغيره.

ومنع (ش) الإجارة فى الصلاة، وكل عبادة تمتنع النيابة فيها، بخلاف تفرقة الزكاة، والحج، وغسل الميت، لدخول النيابة فيها، والأجير نائب، فحيث جاز[٤] النائب جاز الأجير.

قال فى الكتاب: وتجوز على الكتابة فقط، وعليها مع القرآن مشاهرة، وله اشتراط شىء معلوم مع أجرته كل فطر أو أضحى.

قال: وأكره على تعليم الفقه والفرائض، كما أكره بيع كتبها.

قال ابن يونس: منع ابن حبيب إجارة المصحف بخلاف بيعه، وقاله (ح) فيه.

وفى الكتاب: لأن القراءة والنظر فيها فعله، فلا يعطى على فعل نفسه أجرًا، والثمن فى البيع للورق والخط، وفى الإجارة لنفس القرآن، وهو ليس متقومًا.

قاعدة: الإجارة مبنية على البيع، فكل ما جاز بيعه جازت إجارته، والأعيان على ثلاثة أقسام:

---

(١) أخرجه الترمذى (٢٠٩)، وابن ماجه (٧١٤)، والحميدى (٩٠٦)، وابن حزم فى المحلى (١٤٥/٣).

(٢) فى أ: وليس.

(٣) فى أ: كالأجرة.

(٤) فى أ: كان.

ما اتفق على جواز بيعه وقبوله للملك والمالية: كالدار والعبد.

وما اتفق على منع بيعه وقبوله للمالية إما لعدم اعتباره شرعًا؛ كالمحرمات من الميتة وغيرها، أو لعدم القيمة فيه عرفًا؛ كالنظر إلى السماء والتوجه تلقاء الهواء، والتفرج[1] على الرياض وغير ذلك.

وما اختلف فيه: هل هو من القسم الأول، أو من الثانى؟ وهو نحو هذه المسائل.

قال ابن يونس: وقد بيعت المصاحف أيام عثمان - رضى الله عنه - ولم ينكر الصحابة ذلك، فكان ذلك إجماعًا.

قال ابن يونس: وإجازة ابن حبيب الإجارة على تعليم القرآن يبطل منع إجارة المصحف؛ لأن المصحف كالمعلم، واستعمال بدن المعلم كاستعمال المصحف عن صاحبه، وثمره، وورقه، وجلده، لكن المعلم ينتفع بزيادة حفظه بالتعليم بخلاف المصحف.

ويجوز عند مالك وأصحابه: اشتراط السنة والسنتين، وليس لأبى الصبى إخراجه حتى يتم الشرط إلا أن يدفع إليه جميع الأجرة، والشرط لازم للمعلم أيضًا، فإن قال: كل شهر بكذا، فلكل واحد منهما الترك.

قال سحنون: ويحمل الناس فى الحذاق وغيرها على العوائد، إلا أن يشترطوا شرطًا، والحذاق على قدر حال الأب.

قال سحنون: وإذا بلغ ثلاثة أرباع القرآن، فقد وجبت له الختمة، وتوقف فى الثلثين؛ لأن الباقى تبع، وقياسًا على منع السيد من نزع مال المعتق إلى أجل إذا قرب ولأبيه إخراجه إذا بلغ الربع، ولا شىء للمعلم من أجرة الختمة، وإنما له إذا قاربها؛ لشبهها بالجعالة.

قال ابن حبيب: ويقضى بالحذاق على حفظ القرآن.

قال أصبغ: ولا يضر الغلط اليسير بخلاف إن لم يكن[2] مستمرًا فى القراءة، ولا يحسن الهجاء، وإذا شرط المعلم: أن له فى الحذقة كذا، فأخرجه الأب، فعليه

---

(١) فى أ: التفرض.

(٢) فى ط: إن يكن.

من الحذقة[١] بقدر ما مضى منها، وإذا لم يبق من الحذقة إلا السور اليسيرة، فأخرجه، فله الحذقة؛ لأن اليسير تبع.

قال: ولا يلزم الأب حق الأعياد؛ لأنها مكارمة فى أعياد المسلمين، مكروهة فى أعياد النصارى.

قال ابن يونس: إن كان عرفًا [فهو][٢] كالشرط، وكره مالك تعليم المشركين الخط؛ لأنهم يستعينون به على إلقاء الشبه إذا كبروا، وكره تعليم المسلم عند الكفار كتابهم؛ لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، وأجاز غير مالك بيع الفقه والإجارة على تعليمه؛ لأنه اشتغال[٣] للمعلم وأخذ منافعه، وإنما كره ابن القاسم؛ لأن العمل عندهم ليس عليه بخلاف القرآن.

قال اللخمى: إنما تجوز الإجارة على تعليم القرآن إذا عين مدة دون ما يتعلم فيها، أو ما يتعلم من حذقة وشىء معلوم، كربع ونصف، أو الجميع دون تحديد مدة، والجمع بينهما ممنوع؛ للغرر، فإن فعل وكان يجهل تعلم ذلك فى تلك المدة، فسدت الإجارة، أو الغالب التعليم فيها، فأجير، ومنع، فإن انقضى الأجل ولم يتعلم فيه ذلك الجزء، فله أجرة مثله ما لم تزد على المسمى.

وفى الجلاب: منع الإجارة إلا مدة معلومة؛ لأن أفهام الصبيان تختلف، فقد لا يتعلم الجزء إلا فى مدة بعيدة.

فرع: فى الكتاب: تكره إجارة قُسَّام القاضى وحسابهم، وكان خارجة ومجاهد لا يأخذان أجرًا.

قال ابن يونس: قال سحنون: إنما كرهه؛ لأنهم كانت لهم أرزاق من أموال اليتامى.

قال اللخمى: أجرته جائزة من بيت المال إذا نصبوا أنفسهم لذلك، ويمنع إذا كان من أموال اليتامى، ويجوز أن يأخذوه ممن يقسمون له من غنائم، أو يتامى، أو رشداء، أو غيرهم.

---

(١) فى أ: الحذر.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: إشغال.

وهل هى بين الشركاء على قدر الأنصباء أو العدد؟ قولان.

قال: وأرى فى القاسم والكاتب والسمسار أنها على الأنصباء؛ لأنه العادة اليوم.

فرع: فى الكتاب: لا يصلح أن يبنى مسجدًا أو بيتًا فيكريه ممن يصلى فيه، فإن نزل قضى له بالثمن، وأجازه غيره فى البيت؛ لأن منفعة البيت متقومة، ويجوز كراء داره على أن تتخذ مسجدًا عشر سنين، والنقض بعد ذلك للبانى، وترجع الأرض لربها.

قال صاحب التنبيهات: إن أباح المسجد بعد بنائه صار حبسًا، لا حق فيه لأحد، وإن لم يبحه[1] بل فعل ذلك ليكريه، فليس من مكارم الأخلاق، وهو معنى منعه كإجارة المصحف.

ولا كراهة فى الأرض؛ لأن للمكترى أن يفعل ما يشاء، ولو سلم البيت لمكتريه لكان كالأرض، وإنما يكره كراؤه؛ لأنه ليس من مكارم الأخلاق، وعلى هذا يحتمل أن يكون قول الغير وفاقًا، أو يكونان تكلما على وجهين، أو يكون الغير تكلم على الفعل بعد الوقوع، وابن القاسم فيه ابتداء.

قال ابن يونس: قال سحنون: إنما منع فى المسجد؛ لأنه حبسه، والحبس لا يؤاجر، وإذا أخذ بانى نقض المسجد جعلها فى غيره.

قال أبو محمد: وقول ابن القاسم أصوب؛ لأن هذه ليست كاستحقاق أرض بعد بنائها مسجدًا؛ لأن البناء خرج هناك لله على التأبيد، وهنا مدة معينة، كمن دفع فرسه لمن يغزو عليه غزوة، فإنه يرجع إليه وليس لصاحب الأرض دفع قيمة البناء مقلوعًا؛ لأنه لا ينتفع ببقائه على صورة المسجد، وإذا لم ينفع إلا بعد النقض، فصاحبه أولى بخلاف الاستحقاق، إلا أن يقول: أنا أبقيه مسجدًا مؤبدًا، فله أخذه، فتجب تبقيته مسجدًا.

قال اللخمى: إذا بنى مسجدًا فحيز عنه، أو صلى الناس فيه - زال ملكه فيه، وإن بناه ليكريه، جاز، وله بيعه، ولو صلى الناس فيه، وإن بنى ليصلى فيه ولم يحز عنه، ولا صلى الناس فيه، وامتنع من إخراجه من يده - لم يجبر، فإن مات قبل

---

(١) فى أ: يبحث.

إجباره، أو كان على العادة حبسًا، فهل يمضى حبسًا، أو ميراثًا؛ قياسًا على الصدقات إذا لم يفرط فى خروجها حتى مات؟ قولان.

وإذا أكرى الأرض؛ لتتخذ مسجدًا مدة، فانقضت، فللبانى نقض ما لا يصلح للسكنى، ولا يوافق بناء الديار، وما يصلح للسكنى ولم يحبسه، كان لصاحب الدار أخذه بقيمته منقوضًا، واختلف إذا حبسه: هل يأخذه بالقيمة؟ وهو أحسن.

فرع: فى الكتاب: تكره على تعليم[1] الشعر، والنحو، وكتابتهما، وإجارة كتبهما، كما يكره بيع كتبهما، وهى أولى بالكراهة من كتب الفقه.

قال ابن يونس: أجازها ابن حبيب فى الشعر، والنحو، وأيام العرب، والرسائل، ونحوها مما يليق بذوى المروءات، بخلاف شعر الهجاء والخمر والخنا.

فرع: تكره على الحج، والإمامة فى الفرض والنفل، بخلاف الأذان، والإقامة، والإمامة؛ لأنها على الإقامة بالمسجد، ولزوم موضع مخصوص.

ومنع ابن حبيب فى الأذان، والإقامة، والإمامة؛ لحديث الترمذى المتقدم.

قال ابن يونس: أجاز ابن عبد الحكم الإجارة على الإمامة؛ لالتزامه موضعًا مخصوصًا، وإذا جوزنا فى الأذان، فأخل ببعض الصلوات: هل يسقط حصة ذلك أم لا؟

قال اللخمى: وأجاز مالك فى الكتاب: الإجارة على الإمامة إذا جمعت مع الأذان فى عقد، هو كالغرر تبعًا لا مستقلًا.

فرع: تكره إجارة الدف، والمعازف؛ لأنه ليس من عمل أهل الخير، وكان يضعفه.

قال صاحب التنبيهات: ضرب الدف فى العرس مباح، لكن ليس كل مباح تصح إجارته.

قال ابن يونس: ينبغى الجواز فى الدف المباح.

ومعنى: يضعفه، أى: يضعف قول غيره.

الشرط الرابع: أن تكون المنفعة مملوكة؛ احترازًا من الأوقاف، والربط، ومواضع الجلوس من المساجد، والطرقات، والمدارس، وغير ذلك.

---

(١) فى ط: تعلم.

وهذا الشرط لم يذكره صاحب الجواهر، بل اقتصر على سبعة شروط، [وغيره ذكر فروع ولم يذكره، فأردت أن أنبه عليه][١].

قاعدة: فرق أصحابنا وغيرهم من العلماء بين ملك المنفعة، وبين ملك أن ينتفع فهذه الأمور كلها ملك فيها أن ينتفع، ولم يملك المنفعة حتى يعاوض عليها، فلا يجوز لأحد أن يؤاجر بيت المدرسة، أو موضع الجلوس فى المسجد؛ لأن الشرع أو الواقف إنما جعل له الانتفاع بنفسه فقط، وغير ذلك فغير مأذون فيه، فاعلم هذا الفرق.

فرع: فى المقدمات: عن مالك فى كراء دور مكة أربع روايات:

المنع، وقاله (ح) ؛ لأنها فتحت عنوة.

والجواز، وقاله (ش) ؛ لأنها فتحت - عنده - صلحًا، أو مُنَّ بها على أهلها عندنا على هذه الرواية، ولا خلاف [عنده][٢] عن مالك وأصحابه: أنها فتحت عنوة والكراهة؛ لتعارض الأدلة.

وتخصيصها بالموسم؛ لكثرة الناس واحتياجهم للوقف؛ لأن العنوة - عندنا - وقف.

تمهيد: اتفق مالك، و (ش)، وغيره: أنه - عليه السلام - دخل مكة مجاهرًا بالأسلحة، ناشرًا للألوية[٣]، باذلًا للأمان لمن دخل دار أبى سفيان[٤]، وهذا لا يكون إلا فى العنوة قطعًا، وإنما روى أن خالد بن الوليد قتل قومًا، فوداهم - عليه السلام -، وهو دليل الصلح.

وجوابه: يجب أن يُعتقد أنه أَمَّن تلك الطائفة وعصم دماءهم؛ جمعًا بين الأدلة.

تنبيه: مقتضى هذه المباحث والنقول: أنه[٥] يحرم كراء دور مصر وأراضيها؛

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى ط.
(٣) أخرجه البخارى (٧/ ٥٩٧) فى كتاب المغازى: باب أين ركز النبى ﷺ الراية يوم الفتح (٤٢٨٠).
(٤) أخرجه مسلم (٣/ ١٤٠٧) فى الجهاد: باب فتح مكة (٨٦/ ١٧٨٠).
(٥) فى ط: أن.

لأن مالكًا قد صرح فى الكتاب وغيره: أنها فتحت عنوة، ويلزم على ذلك تخطئة القضاة فى إثبات الأملاك وعقود الإجارات، غير أن أرض العنوة اختلف العلماء فيها: هل تصير وقفًا؛ لمجرد الاستيلاء، أو للإمام قسمتها؛ كسائر الغنائم، أو هو مخير فى ذلك؟

والقاعدة المتفق عليها: أن مسائل[١] الخلاف إذا اتصل ببعض أقوالها قضاء حاكم- تعين ذلك القول، وارتفع الخلاف - فإذا قضى حاكم بثبوت ملك فى أرض العنوة ثبت الملك وارتفع الخلاف، وتعين ما حكم به الحاكم. [و][٢] هذا التقرير يطرد فى مكة ومصر وغيرهما.

تنبيه: الليث بن سعد مصرى، وهو يقول: فتحت مصر صلحًا، ووافقه المؤرخون، فكيف يستقيم قول مالك مع أنه حجازى، والليث أخبر ببلده لا سيما والتواريخ تعضده؟:

والجواب: قيل: إنها فتحت صلحًا، ثم ناقضت[٣] ففتحت عنوة بعد ذلك، وهذا مشهور فى الإسكندرية: أن عمرو بن العاص قاتلها مرتين، وأنها ناقضت بعد الفتح، فأمر غيرها كذلك، أو كان[٤] تبعًا لها.

الشرط الخامس: كون المنفعة غير متضمنة استيفاء عين، وقاله الأئمة.

قال فى الجواهر: احترازًا من إجارة الأشجار؛ لثمرها، أو الغنم؛ لنتاجها ولبنها وصوفها؛ لأنه بيع للمعدوم وليس سلمًا، ويستثنى من ذلك الشجرة تكون فى الدار ثلث الكراء؛ لأنها تبع، والمرأة للرضاع، والحضانة مع تضمنه لأعيان اللبن للضرورة.

وفى الكتاب: تجوز إجارة الظئر على الرضاع، وقاله الأئمة، ونص الشافعية على إجارة البئر؛ للاستقاء، والدار فيها بئر.

وفى الكتاب: تجوز إجارة الظئر حولين، ولها اشتراط طعامها وكسوتها؛ لأنه منضبط عادة، ويمنع زوجها من وطئها إن أذن فى الإجارة؛ لأن الوطء يقطع اللبن

---

(١) فى ط: وسائل.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: نافقت.
(٤) فى ط: وكان.

بالحمل، أو يقلله[١] أو يفسده؛ لما بين الثدى والرحم من المشاركة عند الأطباء، وإلا فله فسخ الإجارة؛ لحقه فى الوطء، وترضع حيث اشترطوا، وإلا فعند الأبوين؛ لأنه العادة، إلا من لا ترضع مثلها عند الناس، أو أب خسيس لا يؤتى إليه، ويحمل كلف الصبى فى دهنه وغيره على العادة، وإذا حملت وخيف على الصبى، فلهم فسخ الإجارة؛ للضرر، ولا يلزمها أن تأتى بغيرها؛ لذهاب المنفعة المعينة، وتنفسخ الإجارة بموت الصبى؛ قياسًا عليها؛ ولأن خلق الصبيان تختلف ولها بحساب ما أرضعت.

نظائر: فى المقدمات: المستوفى به المنفعة لا يحصل الفسخ [به][٢] إلا فى أربع مسائل:

صبيان، ودابتان: صبى الرضاع، وصبى [التعليم فى][٣] المكتب، ودابة الرياضة، والتى ينزى عليها. وقاله الأئمة فى صبى الرضاع.

وفى الكتاب: إن سافر الأبوان، فليس لهما أخذ الصبى إلا أن يدفعا لها جميع الأجرة؛ لأن العقد لازم لهم.

فائدة: قال صاحب التنبيهات: الظئر: المرضع - بكسر الظاء مهموزًا - وقد سهل، وجمعه: ظؤرة - بضم الظاء وسكون الهمزة - مثل: عرفة.

ووقع فى المدونة بضم الهمزة، والأول الصواب، ويجمع على ظؤار - أيضًا - بالضم، وأصله: من الظئر - بالكسر - وهو عطف الناقة على ولدها.

قال صاحب النكت: إذا مات زوج الظئر، وقد اشترط المقام عند الصبى رجعت لبيتها تعتد فيه؛ لأن العدة أقوى من الشرط؛ لكونها لحفظ النسب، وهو مهم فى نظر الشرع.

والفرق بين الظئر تخرج، وبين المعتكفة لا تخرج: أن المعتكفة يمنعها من الفساد المسجد والاعتكاف، فأمكن الجمع بين مصلحة العدة والعبادة.

قال ابن يونس: إذا شرطت الظئر مؤنتها لا يدخله طعام بطعام إلى أجل؛ لأن النهى إنما ورد فى الطعام المعتاد، والرضاع لا يفهم عند إطلاق لفظ الحديث.

---

(١) فى ط: يقله.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.

وقال أصبغ: لا يمنع الزوج الوطء إذا أذن إلا أن يشترطوا عليه، أو تتبين ضرورة. وقاله (ش) ؛ لأن الحمل موهوم؛ لقوله - عليه السلام - «لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَنْهَى عَنِ الْغِيلَةِ»[1]. ولم ينه عنها، وقول ابن القاسم أصلح؛ لأن الزوج لا يكون موليًا بترك الوطء لمصلحة الولد، وقاله (ش).

وليس للزوج السفر بها إن أذن لها، وإلا فله، وينفسخ العقد، قاله ابن عبد الحكم.

وإذا مات زوجها:

قال ابن عبد الحكم: لهم فسخ الإجارة؛ لفوات المبيت عندهم.

وقال ابن حبيب: إن لم تكن عادة فى حمل كلف الصبى، لم يلزمها إلا الرضاع، إلا أن يشترط غيره.

قال اللخمى: تجوز الإجارة على الصبى الحاضر والغائب، إن ذكر سنه؛ لأن الرضاع يختلف باختلاف السن، والأحسن: تجريب رضاعه فى قوته فى الرضاع؛ لأنه متقارب، ومنع سحنون إلا بعد معرفته، وليس لذات الزوج إجارة نفسها إلا [بإذنه؛ لاشتغالها بذلك عنه][2]. وألزم مالك إجارة الرضاع لذات الشرف.

قال: وأرى: إن دخلت معرة على غيرها أن يفسخ، وإذا مرضت الظئر انفسخت الإجارة إن لم يرج برؤها عن قرب، وإن تبين خلافه: هل يمضى الفسخ؛ لأنه حكم مضى؟ أو يرد؛ لتبين الخطأ؟ كما اختلف فى أخذ دية العين؛ لنزول الماء، ثم يذهب أو أخطأ الخارص، فإن سجنت بكفالة فى حق، فكالمرض ينظر فيه: إن تكفلت قبل الإجارة وإلا لم تسجن؛ لأن الكفالة تطوع وليس لها التطوع بما يبطل الإجارة.

وفى كتاب ابن سحنون: لا يفسخ بموت الصبى، ويؤتى بخلفه؛ قياسًا على

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٦٠٧ - ٦٠٨) كتاب الرضاع: باب جامع ما جاء فى الرضاعة (١٦)، ومسلم (٢/ ١٠٦٦)، كتاب النكاح: باب جواز الغيلة وهى وطء المرضع (١٤٠ - ١٤٤٢)، وأبو داود (٤/ ٩) كتاب الطب: باب فى الغيل (٣٨٨٢)، والترمذى (٤/ ٣٥٤) كتاب الطب: باب ما جاء فى الغيلة (٢٠٧٧)، والنسائى (٦/ ١٠٦) كتاب النكاح: باب الغيلة (٣٣٢٦)، وأحمد فى المسند (٦/ ٣٦١، ٤٣٤)، والبيهقى فى السنن (٧/ ٢٣١ - ٤٦٥).

(٢) فى أ: بإذنها لا أستغنى لها بذلك عنه.

غيره، وإذا مات الأب قبل نقد الأجرة، فسخ العقد، مات موسرًا أم لا؛ لخراب ذمته بالموت، وانتقال التركة للورثة، فإن كان نقد:

ففي الكتاب: ما بقى [من الرضاع بين الورثة.

وقال - أيضًا -: ما بقى][(1)] مما تقدم بينهم، وليس بمنزلة الهبة، بل بمنزلة النفقة، تُقَدم، وتبين عدم الاستحقاق.

وقال أشهب: ذلك للصبي دون الورثة، كأنه وهبه له فقبضه، وكذلك أجرة معلم الكتاب.

قال: وأرى: إن مات الأب بعد سنتين يكون الباقي للصبي؛ لأنه هبة، أو في أول العقد، كانت السنتان الأوليان ميراثًا؛ لأن الأب كان يظن أنها واجبة عليه، فتبين خلافه، وإن استأجر الأب ظئرًا، ثم ماتت الأم فحصل للصبي مال ميراثًا، فالقياس: استئناف العقد؛ لأنه ليسره[(2)] سقط عن الأب رضاعه، والاستحسان: إمضاء ذلك، ويأخذ الأب ما قدمه من مال الصبي، إلا أن يكون في الإجارة محاباة، فيسقط الغبن عن الابن.

فرع: في الكتاب: إن مات الأب قبل النقد معسرًا، فلها فسخ الإجارة؛ للضرر، ولو تطوع أحد بأدائها، لم تنفسخ[(3)]؛ لانتفاء الضرر، وما وجب فيما مضى، ففي ذمة الأب، ولو أرضعته باقي المدة، لم تتبعه بشيء. وكذلك لو قالت: أرضعته على أن أتبعه، فهي متبرعة؛ لظاهر حال الصبي، كمن أنفق على يتيم لا مال له، وأشهد أنه يتبعه.

قال صاحب النكت: لا يكون ما قدمه الأب لمعلم الصبي ميراثًا، بخلاف الظئر.

والفرق: أن التعليم لا يجب عليه بخلاف الرضاع، فلم يقصد الهبة إلا أن يعلم أنه قدمه خوف الموت، فيكون هبة للصبي لا ميراثًا، وتستوي المسألتان، قاله محمد.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ط: بيسره.
(٣) في ط: يفسخ.

فرع: فى الكتاب: تجوز إجارة العبد الصانع على أن يأتيك بالغلة ما لم تضمنه أو تشترطه عليه فى أصل الإجارة خراجًا معلومًا؛ لأنه قد يعجز عنه، ووضعه عليه بعد العقد من غير ضمان جائز؛ لأنها منفعة ملكها بالعقد الصحيح.

قال اللخمى: عن مالك: منع استئجاره على أن يأتيه بالخراج، وهو أصله فيمن اشترى شيئًا على أن يعمل له، ينظر إلى ما يصير إليه ذلك المشترى: إن كان مجهولًا، امتنع؛ كالزرع، على أن على البائع حصاده ودراسه، والزيتون، على أن عليه عصره، فيمنع؛ للجهل بصفته بعد الخروج ومقداره، وهذا يدفع دنانير لا يدرى ما يتحصل له بها فى مدة الإجارة، ويجوز أن يجعل عليه خراجًا مضمونًا إن كان الثمن عرضًا ويأتيه بأحد النقدين، وبالعكس؛ حذرًا من بيع النقد بالنقد.

وفى الكتاب: تمنع إجارة الأجير سنة بدنانير؛ ليعمل لك فى السوق على أن يأتيك بثلاثة دراهم كل يوم؛ لأنه صرف مستأخر، وإن كان على أن يعطيك به طعامًا كان سلمًا بغير سعر معلوم، وقد يكثر ويقل بالغلاء والرخص.

وقال ابن يونس: فإن اشترط عليه كل يوم مكيلة معلومة موصوفة، أجازه محمد، وكرهه ابن القاسم لتخيل السلم الحال.

الشرط السادس: كون المنفعة مقدورًا على تسليمها.

وفى الجواهر: احترازا من استئجار الأخرس للكلام، والأعمى للإبصار، أو أرض للزراعة لا ماء لها قطعًا ولا غالبًا، وقاله الأئمة.

وفى الكتاب: يجوز كراء المشاع؛ كنصف عبد أو دابة ويأخذه[1] يومًا بيوم، ولمن اكترى نصف دار كراء حصته، ولا شفعة له بخلاف البيع؛ لأن الضرر فى الرقاب أعظم؛ لأنه يدوم، والإجارة محدودة، ووافقنا (ش)، وأحمد فى كراء المشاع، ومنع (ح)، لعدم القدرة على التسليم بسبب اختلاط المكرى بغيره.

لنا: القياس على شراء المشاع، ويمنع امتناع التسليم، بل يسلم الجميع له، فيحصل تسليم المكرى ضمنًا؛ كالبيع.

قال اللخمى: إن كانت صنعة العبد لا يمكن تبعيضها، ترك نصيبه واقتسما

---

(١) فى أ: واحده.

خراجه، وإن قبلت الدار القسمة، قسمت منافعها وسكن المكترى فيما يصير إليه أو أكراه، وإلا أكريت واقتسما كراءها إلا أن يريدها أحدهما بما تقف عليه، فإن أكرى أحد الشريكين بإذن شريكه، فالجواب ما تقدم، أو بغير إذنه ولم يجز، ودعا للبيع، أجيب فى العبد، والدابة، والدار إذا لم تنقسم، وإن قبلت القسمة ودعا إليها، قسمت المنافع بالقرعة، وإن أراد المكرى القسم بالقرعة، فللأبهرى منعه، فإن اقتسما الرقاب وصار للمكرى أقل من النصف بما لا ضرر فيه على المكترى، حط من الكراء بقدره أو أكثر، وأمكن تمييز الزائد: ميز وانتفع به المكرى، وإن لم يتميز ولم يضر فيه، سكن بانفراده مع المكترى بغير شىء؛ لأنه يقول: لا حاجة لى به، فإن أجره نصفًا معينًا، خير الشريك بين الإجارة وله نصف الأجرة، وبين مقاسمة المنافع، فإن صار النصف المكرى للمكترى، أخذه، أو للآخر، خير بين الإجارة وله الكراء، أو يرد، واختلف قول مالك - إذا كان الكراء فى نصف شائع - فى الأخذ بالشفعة إذا كانت الدار تحمل القسمة وأراد الأخذ ليسكن، وإن أراده ليكريه فلا؛ كالأخذ بها فى البيع ليبيع، فإن أكرى نصيبًا معينًا، فلا شفعة.

فرع: فى الكتاب: إن لم يفعله فى يوم كذا وكذا فلا أجرة، يمتنع؛ للغرر فى تسليم المنفعة فى ذلك الأجل.

وفى الكتاب: يجوز كراؤها قابلًا وفيها زرع الآن لربها أو لغيره، وكراء الدار على ألا يقبضها إلا بعد سنة، ولا تشترط فى مدة الإجارة أن يلى العقد، وقاله (ح)، وأحمد، واشترطه (ش) حتى يتمكن من التسليم فى الحال.

ونحن نقول: تكفى القدرة على التسليم فى الجملة، وإنما منعناه فى المعين الذى يتأخر قبضه؛ خشية هلاكه فلا يحصل مقصود العقد، وهذه أعيان مأمونة، ووافقنا على إجارتها السنة القابلة ممن هو مستأجرها الآن.

وفى الكتاب: يجوز تعجيل النقد فى مثل السنة، ويكره فى الزمان الطويل.

فرع: فى الكتاب: تجوز إجارة الفحل للإنزاء أكوامًا[1] معروفة، أو شهرًا بكذا؛ لأنها منفعة مقصودة مضبوطة، وتمتنع على نزوة حتى يكل الإنزاء؛ للغرر، ومنعه

(١) سيأتى تعريف المصنف لها بعد قليل.

الأئمة مطلقًا؛ لنهيه - عليه السلام - «عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ[١]».

أو لأنه يعجز عن تسليمه؛ لأنه باختيار الفحل.

أو لأنه تافه[٢] لا يقابل بالأعواض.

أو لأن فيه استيفاء عين، وكلها مبطلات.

والجواب عن الأول: أن النهى محمول على ما فيه غرر من اشتراط الحمل[٣] جمعًا بين الأدلة.

وعن الثانى: أن تنهيض الفحل لذلك معلوم عادة من طبعه، فهو مقدور على تسليمه.

وعن الثالث: أن حركة الفحل مقصودة - عادة - عند جميع العقلاء، ولولا ذلك لبطل النسل.

وعن الرابع: أن تلك العين كاللبن فى الرضاع؛ للضرورة.

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: تُعِقُّ الرمكة - بضم التاء وكسر العين - أى تحمل، والأكوام: جمع كوم، وهو الضراب والنزو. ويقال: كامها يكومها: إذا فعل ذلك.

وإذا سمى شهرًا، امتنع تسمية المرات.

قال اللخمىُّ: وعن مالك: كراهة بيع عسيب الفحل؛ لأنه ليس من مكارم الأخلاق.

قال سحنون: إذا استأجر الفحل مرتين فعطبت الدابة بعد مرة، انفسخت الإجارة؛ كالصبى فى الرضاع.

فرع: ويجوز - عندنا - كراء الأرض التى تروى غالبًا؛ اكتفاء بالغلبة.

وقال (ش): لا تكفى الغلبة، بل لا بد من القطع بالرى حتى يقطع بالتسليم.

(١) أخرجه البخارى (٤/ ٤٦١)، فى كتاب الإجارة: باب عسب الفحل (٢٢٨٤)، ووهم الحاكم فاستدركه (٢/ ٤٢)، وأخرجه أبو داود (٣/ ٢٦٧)، فى البيوع: باب فى عسب الفحل (٣٤٢٩)، وأخرجه الترمذى (٣/ ٥٦٣)، فى البيوع: باب كراهية عسب الفحل (١٢٧٣)، وقال: حسن صحيح وأخرجه النسائى (٧/ ٣١٠)، فى البيوع: باب ضراب الجمل وأحمد فى المسند (٢/ ١٤).

(٢) فى أ: تافل.

(٣) فى أ: الكل.

وفى الكتاب: يجوز كراء الأرض الغارقة إن انكشف ذلك عنها، وإلا فلا كراء بينكما إن لم ينقد؛ لئلا يكون تارة بيعًا، وتارة سلفًا، فإن تيقن الانكشاف جاز النقد.

وقال غيره: يمتنع العقد إن خيف عدم الانكشاف؛ لأنه غرر.

فرع: فى الكتاب: يجوز كراء الأرض الغائبة بإفريقية بمصر، إذا عرف الدار وموضعها، وإلا فلا، ويجوز النقد فيها؛ لأنها مأمونة، ومنع أحمد الكراء على الصفة لعدم الانضباط [ووافقنا (ح) ؛ قياسًا على البيع][1].

الشرط السابع: أن تكون المنفعة حاصلة للمستأجر.

ففى الجواهر: احترازًا من العبادات التى تمتنع النيابة فيها؛ لئلا يحصل العوض والمعوض لواحد، وقاله الأئمة.

[قال ابن يونس: قال عبد الملك: يمنع إعطاء الأجرة على طلوع موضع فى الجبل بعينه؛ لأنه أكل المال بالباطل، ولا يجوز إلا على ما ينتفع به المعطى][2].

الشرط الثامن: كون المنفعة معلومة، وقاله الأئمة؛ لأن الإجارة معاوضة مكايسة فتمتنع فيها الجهالة والغرر؛ لنهيه - عليه السلام - عن بيع المجهول.

ولقوله - تعالى -: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [النساء:٢٩].

وفى الكتاب: باع بمائة على أن يتجر بها سنة، هو بيع وإجارة، يجوز إن شرط خلف المال إن تلف؛ كمن استأجر على رعاية غنم بعينها سنة، إن شرط الخلف، جاز، وإلا فلا، فإن شرط فهلك بعضه، فامتنع من إخلافه ووفى الأجير المدة، له كمال الأجرة؛ لأن الآخر[3] أسقط حقه، ولو كانت بمائة غير معينة، جاز، وإن لم يشترط الخلف؛ لعدم التعيين.

ويجوز اجتماع البيع والإجارة دون الجعل؛ لأن الجعل عقد غرر، ويصير البيع غررًا، بخلاف الإجارة، ولا يجتمع الجعل مع الإجارة، ومنع (ش)، و (ح) الجمع فى الكل؛ لتباين العقود.

قال صاحب التنبيهات: اشتراط الخلف فى المال دليل على عدم تضمين الأجير ما فى يديه فيما يبيع به أو يشترى. وجوز سحنون وغيره عدم اشتراط الخلف فى

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: الأجير.

الدنانير والغنم؛ لأن الحكم يوجبه وإن لم يشترط.

قال صاحب النكت: إنما يصح اشتراط التجر بالمائة إذا أخرجها المشترى من ذمته إلى الأمانة، ويسمى الأنواع من التجارات؛ لئلا يكون سلفًا للنفع، وغررًا [فى][1] الشرط، ولا يلزمه أن ينزعها لعدم دخوله فى الشرط، وإن شرط ذلك، امتنع؛ لعدم انضباطه، فيكون عمل الإجارة مجهولًا بخلاف الراعى يشرط عليه رعاية مائة من الغنم؛ لانضباطه عادة، ولو لم يحضر الثمن، وتجر سنة، فالربح والخسارة له وعليه؛ لفساد العقد، ويرتجع البائع من سلعته بقدر الإجارة؛ لأن السلعة بذلت فى الثمن والإجارة، ويأخذ ذلك من عينها إن كانت قائمة.

وقيل: لا يرجع فى عينها؛ لضرر الشركة، وحيث صحت الإجارة فمات فى نصف السنة - جرى الخلاف [المتقدم][2] هل يرجع فى عينها؛ لأنها عين ماله، أو قيمتها؟

وإذا كمل السنة والمائة عروض، لم يلزمه بيعها بخلاف المقارض؛ لأنه لا يستحق إلا بعد النضوض ورد عين المال، وهذا استحق السلعة بمجرد العمل، وإذا نضت المائة فى خلال السنة، فللبائع تمامها، ولا مقال للمشترى؛ لأن العقد اقتضى التجر بمائة، فإن استحقت السلعة بالبينة بعد التجر، فله أجرة المثل، والرجوع بالثمن، والربح والخسارة للبائع وعليه؛ لبطلان العقد بالاستحقاق، وإن ظهر له عيبها فى السنة وقد فاتت، فقيمة العيب من الثمن، وحصة الإجارة فى نصف السنة الماضى، ويتجر فى النصف الباقى بما بقى من الثمن - فقط - بعد إسقاط حصة العيب؛ لتبين عدم قبضه لجملة ما يوجب كمال العمل، وكذلك لو اطلع على العيب قبل العمل، وقد فاتت السلعة بحمل[3] السنة بما بقى بعد الإسقاط.

قال اللخمى: قيل: يمتنع جمع البيع والإجارة؛ لأن الإجارة غرر ببيع ما ليس عندك، وهى بصدد الفسخ، لا سيما إجارة العمل تقل وتكثر، وجيد ورديء، وقد منع مالك ضم الجزاف المكيل، وهو أقل غررًا من الإجارة.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: عمل.

وقيل: يجوز البيع والجعل فى عقد، والخلاف راجع إلى بيع سلعتين: إحداهما بالخيار، والأخرى على البت، وحيث أجزنا فحيث كانت تبعًا للبيع وإن اشترط فى المائة عدم الخلف إن ضاعت، والمحاسبة بقدر العمل، جاز عند ابن القاسم على قوله فيمن باع نصف ثوب على أن يبيع له النصف الآخر، ويشهد المشترى على إخراج المائة من ذمته، وجلوسه فى الحوانيت يبيع ويشترى يقوم مقام الإشهاد، ويصدق فى الخسارة؛ كعامل القراض، وإن أشكل تجره لنفسه أو للبائع، صدق؛ لأنه أمين على ذلك.

وإن قال: أخرجت الثمن وضاع قبل الشراء، لم يصدق؛ لأنه متهم فى إبراء ذمته.

ولما يتجر فيه ثلاثة شروط:

تعيين الصنف.

ووجوده فى الشتاء والصيف.

وأن يديره متصل التجر.

فإن اشترط تأخيره لتعسر الأسواق، امتنع؛ لعدم انضباط العمل، ولو شرط التجارة فى السنة مرتين، امتنع؛ لأنه لا يشترط منافع معينة[1] يتأخر قبضها، ولو استأجر أجيرًا على عمل يعمل بعضه الآن وبعضه بعد أشهر، امتنع؛ لأن الشروع فى القبض كقبض الجملة، ويجوز اشتراط دخول الربح فى التجر إن كان قدره فى مثل ما جلس فيه للإدارة متقاربًا[2]، وإن كان متباينًا، امتنع.

وكذلك اشتراطهم جبر الخسارة وهى قدر يسير، جاز، وإلا امتنع، وإن مات العامل قبل العمل وقيمة الإجارة مائة فأكثر، والسلعة قائمة، فهو شريك بقدر الإجارة، ويخير المشترى بين الرضا بعيب الشركة، والرد، وإن كانت الإجارة الثلث فأقل، رجع بقيمة ذلك عند ابن القاسم، وشريك عند أشهب، ويخير الورثة لدخول الشركة، فإن فاتت السلعة استوى[3] القليل والكثير، ويرجع عليهم فيما ينوب الإجارة، فإن مات بعد عمل نصف السنة، كان قد صار للبائع جل الثمن المائة

---

(١) فى ط: معين.

(٢) فى ط: متقارب.

(٣) ف ط: اشترى.

بنصف العمل، فيختلف: هل يرجع شريكًا فى الباقى أو قيمته[١] على ما تقدم؟ وتختلف قيمة الشهور؛ لأنها اكتريت بالنقد الذى ينوب الأول أرخص، والأخير أغلى كسلعة أسلم فيها، وكذلك الجواب إذا مرض قبل العمل أو بعد بعضه، وللبائع أخذ ماله إذا مضى بعض السنة، وكان لا يرجى برؤه إلا بعد طول أو ضرر، فإن برئ بعد رجوع المال عن قريب والبائع موسر، أتى بمائة أخرى، فإن عجز عن خلفها، فسخت الإجارة.

قال ابن يونس: لو باع ثوبين[٢] بمائة على التجر فى سنة، فاستحق أحد الثوبين وهما متكافئان، أو الأدنى - لم ينتقض البيع، وعليه التجر فى ثمن الباقى فى سنة؛ لسلامة نصف الصفقة، أو أكثرها، وكذلك لو رد أحدهما بعيب.

فرع: فى الكتاب: يجوز أن يبيع نصف سلعة لرجل على أن يبيعك نصفها الآخر بالبلد إن ضربت للبيع أجلًا؛ لأنها إجارة منك لذلك النصف إلا الطعام؛ لأنه قد يستهلك فتكون إجارة وسلفًا، فإن باعك فى نصف الأجل، فله نصف الأجرة، وإن وجد البيع بعد الأجل، فله الأجرة كاملة؛ لاستيفاء المنفعة، وإن بيعت نصف هذه السلع على أن يبيع لك النصف ببلد آخر، أو بهذا البلد، ولم يضرب أجلًا، امتنع؛ لأنها إجارة مجهولة مع بيع، فإن الوصول إلى ذلك البلد قد يتعذر ويختلف، والأجل يطول وينقص.

وعن مالك فى الأول: المنع، وإن ضرب أجلًا؛ لأنه تحجير، ولأنه إن لم يبع رجع عليه فى النصف المبيع بما ينوب الإجارة، فصار ثمن النصف مجهولًا، وكذلك إن باعه فى نصف الأجل.

قال صاحب التنبيهات: ومنعه سحنون فى كل ما يكال أو يوزن كالطعام؛ لأنه إن باعه دون الأجل رجع فى بعض ما باع، فصار بيعًا وسلفًا، وإجارة أيضًا؛ لأن هذا المحذور ما تعين.

وقيل: يمتنع فيه وفيما لا ينقسم؛ لأن المشاع يتعذر عليه التصرف فى المبيع، وما ينقسم ويعرف بعينه يأخذ نصيبه منه متى شاء، يجوز إذا ضرب أجلًا.

---

(١) فى ط: القيمة.
(٢) فى ط: ثوبًا.

وأجازه ابن حبيب فيما لا ينقسم وإن لم يضرب أجلًا، ومنعه فيما ينقسم؛ لأنه كأنه اشترى منه نصف ذلك.

وجوزه ابن كنانة فى سائر الأشياء إلا فى الطعام؛ لأن السلف يكثر فيه.

وفى الموطأ: يجوز بيع نصف ثوب على أن يبيع لك النصف الآخر.

قال ابن كنانة: أحسبه يريد: ضرب أجلًا أم لا، فى البلد أو غيره، ويضرب له من الأجل قدر ما يباع إليه.

وعلى المذهب: إذا ضرب أجلًا للطعام وشرط عليه أن يباع هذا النصف قبل الأجل جاءه بطعام آخر يبيعه إلى الأجل يجوز.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: باعه نصف ثوب بعشرة على أن يبيع[1] له النصف الآخر شهرًا، فباعه فى نصف الشهر، ينظر: كم قيمة بيعه شهرًا، وهو درهمان مثلًا، فقد باعه باثنى عشر درهمًا، فله سدس الصفقة، فإذا انفسخ نصف الإجارة انفسخ نصف السدس من الصفقة فيرجع به وهو ربع السدس من قيمة الثوب كله، فيأخذه ثمنًا؛ نفيًا لضرر الشركة إلا فى المكيل والموزون، فيرجع به فى عينه؛ لتيسير القسمة.

قال محمد: يمتنع البيع فى المكيل والموزون؛ للرجوع تارة بالثمن، وتارة بغيره.

وعن ابن القاسم: إذا أجره شهرًا بدرهم على أن يبيع له كل ما جاءه به، فإن لم يجئه بشىء فله الدرهم، يمتنع للغرر.

وإن أجره على بيع دابته فى إفريقية، فإن هلكت انفسخت الإجارة - امتنع. فإن شرط: إن سافر فى مثل ذلك [أو مكن][2] بدابة أخرى إذا كان الأجل معلومًا.

قال اللخمى: أبيعك نصف العبد على أن تبيع جمعيه، يمتنع، وإن ضرب أجلًا؛ لأنه تحجير على المشترى فى البيع.

وأجازه ابن حبيب فيما لا ينقسم إذا ضربا أجلًا، ويمنع فى المنقسم؛ لأنه اشترى ثمن نصف ذلك حيث اشترط بيع جميعه.

---

(١) فى ط: بيع.
(٢) سقط فى ط.

قال ابن القاسم: أبيعك هذه السلعة - وهى كثيرة - إلى أجل كذا بكذا، على أنى متى شئت تركت - يجوز، إذا لم ينقد؛ لامتناع النقد فى الخيار، وهى إجارة لازمة لصاحب الثياب، والخيار للعامل، وله كلما مضى يوم بحسابه.

فرع: فى النكت: بينكما مائة شاة استأجرته على رعايتها:

فعند ابن القاسم: أجرته على خمسين، فإن اقتسما فحصل لك أكثر من خمسين، لم تلزمه رعاية الزائد، أو أقل، فلك إتمامها.

قال اللخمى: إذا شهدت العادة بصفة عمل أو مقدار ثمن - جاز؛ اعتمادًا على العادة.

فرع: قال اللخمى: إن عين فى الخياطة عدد الثياب، امتنع الأجل، أو الأجل، امتنع العدد، فإن جمع بينهما وهو يجهل الفراغ من ذلك العدد فى ذلك الأجل، امتنع للغرر؛ لأنه قد يفرغ قبل الأجل [فيخيط بقية الأجل][1] فيزداد العمل، أو يفضل العمل ويسبق الأجل، فيقل العمل، أو يقول: الأجل يقتضى استحقاق منفعة الأجير وامتناع العمل للغير، وتعيين العمل يقتضى: تعلق العقد بصفة الفعل فقط دون منافع الأجير، وله العمل للغير، فالجمع بينهما متناقض. ووافقنا الأئمة.

فإن كان الغالب فراغه فى الأجل:

فقيل: يجوز؛ لعدم الضرر[2].

وقيل: يمتنع؛ لأن الفراغ فى نصف الأجل يسقط باقيه، وهو خلاف الشرط، فإن خاطه بعد الأجل، سقط من المسمى ما يسقطه التأخير.

وقال عبد الملك: له أجرة المثل؛ لأن هذا العمل غير معقود عليه.

فرع: فى الكتاب: يمتنع استئجاره على طعام بينكما إلى بلد يبيعه به إن شرطت ألا تميز حصتك قبل البلد؛ لأن هذا الشرط يشعر بأن الأجرة للحمل، وليقاسمك فيما يعرض للطعام من هلاك أو غيره، فيكون المستأجر عليه غير معلوم، وله أجرة المثل.

وإن كان له المقاسمة متى أحب جاز، إن ضرب للبيع أجلًا، .وإن أجرته على

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: الغرر.

طحنه بشرط عدم القسمة قبل الطحن امتنع، وإلا جاز، وكذلك على رعاية الغنم المشتركة بينكما، يمتنع الشرط ويجوز مع عدمه، إذا شرط الإخلاف من حصتك.

قال غيره: إذا اعتدلت فى القسم حتى يتعين عدد الحصة، ويمتنع استئجاره على نسج غزل بينكما لعجزه عن بيع حصته قبل النسج.

قال اللخمى: اشتراطه ذكر الخلف فى الغنم هو على أحد قوليه: إن المستأجر له يتعين، وعلى القول بعدم التعين الحكم[1] للإخلاف، وإن لم يشترط.

قال: وأرى إذا سكتا عن القسمة وبقاء الشركة - الجواز؛ لعدم تعين المفسدة.

قال ابن يونس: يريد بضرب الأجل للبيع، أى: بعد الوصول للبلد، ولا ينقده إجارة البيع، وحمل ابن القاسم أمرهما فى الغنم على الاعتدال فى القسم[2]، وإنما واجره على نصف عددها، فإن كانت مائة ووقع له فى القسم أكثر من خمسين، لم يلزم رعاية الزائد، أو أقل، فله الإتمام.

فرع: فى الكتاب: يجوز استئجار نصب مرحاض بخلاف مسيل ميزاب؛ لأن المطر يقل ويكثر، وفى النكت: جوابه[3]: لافتراق السؤال، وهما سواء، وإنما يمنع مسيل الماء إذا اشترى من جاره ما ينزل من ميزابه، بخلاف أن يقول: لك كذا على أن يسيل الماء من دارى إلى دارك، يجوز كالمرحاض بخلاف الأول؛ لأنه بيع مجهول.

وقيل: بالفرق بين الأمر اليسير، فيمتنع، والكثير، فيجوز؛ لأن الغالب نزول المطر فيه.

فرع: فى الكتاب: تجوز على القتل والقصاص[4]؛ كإجارة الطبيب للقطع والبطر، وأما لغير التأديب فلا؛ لأن المنفعة محرمة، وإن أجره على قتل رجل ظلمًا فقتله، فلا أجرة له؛ لأن المحرم لا قيمة له شرعًا، وعليه القصاص، ويؤدب المستأجر لحثه على المحرم.

ووافقنا الأئمة فى ذلك إلا (ح) فى قصاص النفس؛ لأن زهوق الروح غير منضبط

---

(١) فى ط: بالحكم.
(٢) فى أ: أمرهما فى القسم على الاعتلال فى الغنم.
(٣) فى أ: وفى النكت: قيل افتراق جوابه.
(٤) فى أ: وانقصاص وضرب.

الضربات فى العدد، فهو مجهول، بخلاف الأعضاء.

لنا: قوله - تعالى - ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ﴾ [البقرة:١٧٨]. ومن لا يحسن لا يتعين على الناس التبرع له فتتعين الإجارة.

وقياسًا على ذبح الشاة، وعلى الأطراف.

قال عبد الوهاب فى الإشراف: والأجرة على المقتص؛ لأن المنفعة له، والواجب على الجانى إنما هو التكمين.

قال ابن يونس: يريد بالقصاص: إذا ثبت بحكم حاكم عادل.

وفى كتاب محمد: على المستأجر لقتل الظلم ضرب مائة، وحبسه سنة، ولو قال: اقتلنى ولك ألف درهم، فقتله:

قال سحنون: اختلف فيه، والأحسن: ضربه مائة وحبسه سنة، ويبطل الجعل لتحريم المنفعة.

وقال محمد بن عمرو: للأولياء قتله؛ لأنه حق لهم دون المقتول، ولو قال: اقتل عبدى ولك كذا، أو بغير شيء، يضرب القاتل مائة، ويحبس سنة، والصواب: عدم القيمة؛ لوجود الإذن، وقيل: هى للسيد عليه.

قال اللخمى: لا يستأجر للقتل والجراح إلا من يأتى بذلك على وجهه من غير عيب ولا تمثيل.

فرع: فى الكتاب: استئجار الطبيب على العلاج هو على البرء، إن برئ له الأجرة وإلا فلا، إلا أن يشترطوا ما يجوز؛ كالكحال الشهر، أو كل يوم بدرهم، فيجوز إن لم ينقده؛ لأن البرء قد يتعجل فيكون تارة بيعًا وتارة سلفًا، فإن برئ قبل الأجل، أخذ بحسابه.

واشترط (ش) فى الكحال: الزمان المحدود؛ لتكون المنفعة معلومة، فإن استأجره وهو صحيح يكحله كل شهر بدينار فله النقد؛ لأنه لا يتوقع فيه الرد، ويلزمه تمامه.

قال ابن يونس: قال سحنون: أصل إجارة الطبيب: الجعالة، فلذلك لا يضرب أجلًا قبل، ويكون الدواء من عند العليل كاللبن والجص فى بناء الدار، وإلا فهو غرر إن لم [يبرا][1] يذهب داؤه باطلًا، ويدخله بيع وجعل، وهو ممنوع.

(١) سقط فى ط.

وجوز ابن حنبل الأمرين؛ لضرورة الناس لذلك بالعجز عن عمل الأمراض والأكحال.

قال ابن القاسم، إن: شرط إن لم يبرأ دفع ثمن الأدوية - امتنع.

وفى الجلاب: قيل: لا يجوز [الطيب](١) على البرء، والقرآن على الحذاق إلا مدة معلومة، كقول (ش)، وهو قول ابن حبيب.

قال اللخمى: يجوز اشتراط الطبيب من الأجرة ما الغالب أن البرء لا يحصل قبله، واختلف في عمله على الجعالة، وحيث جوزناه، فترك قبل البرء، فجعل للآخر(٢) جعلًا على البرء فهل يكون للأول بقدر ما انتفع أم لا؛ قياسًا على المساقاة إذا عجز(٣) قبل العمل؟

وعن مالك: إجازة أن يكون الدواء من عند الطبيب.

فرع: فى الكتاب: يمتنع للخدمة شهرًا بعينه على أنه إن مرض قضاه عملًا فى غيره؛ لاختلاف أيام الشتاء والصيف.

فرع: فى الكتاب: تجوز إجارة العبد خمس عشرة سنة، وهو فى الدور أبين؛ للوثوق ببقائها، وقاله (ح)، وأحمد.

وقال (ش): لا يزاد على سنة أو ثلاثين سنة فى العقار، قولان له، ومنشأ الخلاف: النظر إلى الوثوق وعدمه.

ولنا: قوله - تعالى - ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ فَإِنۡ أَتۡمَمۡتَ عَشۡرٗا فَمِنۡ عِندِكَۖ﴾[القصص: ٢٧].

وفى الكتاب: تجوز فى الدور والرقيق عشرين سنة، والموصى له بخدمة العبد، له إجارة ذلك.

وقال غيره: تمتنع إجارة العبد السنين الكثيرة؛ لسرعة تغير الحيوان، فيكون فى الدواب أشد.

قال ابن يونس: وفى الكتاب: للموصى له بخدمة عمره أن يؤخره عشر سنين بالنقد، وإلا جاز؛ لأنه كلما عمل أخذ بحسابه.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: لأخر.
(٣) فى أ: عجل.

قال اللخمى: الإجارة تختلف باختلافها بالأمن، فآمنها: الأرض، ثم الدور، ثم العبيد، ثم الدواب، ثم الثياب، فيجوز فى الدور أربعون سنة بغير نقد، وبالنقد إن كانت جديدة، وكذلك الأرض المأمونة الشرب، ويجوز فى القديمة بحسب ما يظن سلامتها، وأجاز فى كتاب محمد فى العبد عشرين سنة بالنقد.

قال: وأرى: أن ينظر لسن العبد، فيجوز فى سن العشرين: عشرون، ويمتنع فى الصبى؛ لأنه لا يعلم حاله عند البلوغ، وكذلك الكبير؛ لأن حال الهرم تختلف، وكذلك يختلف فى الحيوان معمره كالبغال أكثرها أجلًا، ثم الحمير، ثم الإبل، وكذلك الملابس، يجوز فى الجميع المأمون.

فرع: فى الكتاب: إذا أجر للخدمة ليستعمله على عرف الناس، جاز، ولا يجوز أن يشترط: إن سافر(١) أو زرع استعمله؛ للجهالة.

قال ابن يونس: عن ابن القاسم: يجوز أن يشترط: إن احتاج إلى سفر شهرين فى السنة سافر معه لخفة ذلك.

وعنه: المنع؛ للجهالة، ولا يشترط عليه عملين متباعدين؛ كحراسة الكرم، وخدمة البيت؛ لأنه فى معنى تحويل دين فى دين.

وجوز محمد أن يشترط فى شهر من السنة معين عملًا آخر يسميه.

وجوز ابن حبيب إجارة شهرين كل شهر بعمل يسميه، أو يؤجره شهرًا أو عامًا، قيل: أمره على عمل آخر خلافه فى الشهر الثانى؛ بناء على تقارب العمل كأنها إجارة، ويمتنع ما يتباعد، كمن استأجر على عمل لا يشرع فيه إلا بعد شهر.

فرع: فى الكتاب: المستأجر على بناء الدار، عليه الآلة والماء على مقتضى العادة، وعلى حافر القبر ردمه، وكذلك نقش الرحا ونحوه، وقاله الأئمة. فإن فقدت العادة، فعلى رب الدار؛ لأن اللفظ لا يقتضى إلا العمل.

فرع: فى الكتاب: يجوز على حفر بئر يصف موضعها وعمقها إن كانت الأرض معلومة الحال، وإلا فلا؛ لأن باطنها قد يكون صلبًا، وكذلك فقر النخل على أن يبلغ الماء، ويجوز على إخراج الماء فى الأرض المتقاربة، وإلا فالمزارعة.

فائدة: قال صاحب التنبيهات: فُقر النخل: إبارها – بضم الفاء – واحدها: فقير،

---

(١) فى أ: يسافر.

وهو - أيضًا -: حفير يعمل حول النخل يجتمع فيه الماء.

فرع: فى الكتاب: يجوز كراء الدابة ليركبها أو يطحن عليها، وإن لم يذكر ما يطحن، ويحمل ذلك على العادة، فإن لم تكن عادة فسد، وكذلك دواب الحمل، ويحمل بقدر القوة إن كان لمالك واحد، وإن كانت لملاك وحملها يختلف، امتنع؛ كجمع السلع فى البيع؛ للجهل بما ينوب كل واحد من الأجرة.

قال صاحب التنبيهات: إذا لم يسم ما يحمل على الدابة، جوز إذا كانت عادة.

وقال غيره: إن سمى طعامًا أو بزًّا، جاز، وإن قال: احمل عليها ما شئت امتنع، ويحمل على الوفاق، أى: عادتهم معرفة الجنس، فلا يضر جهل المقدار، وهو ظاهر الكتاب.

وقيل: خلاف، والعادة إنما هى فى المقدار، ووافقنا الأئمة فى الإطلاق والحمل على العادة فى الدار والدابة.

فرع: فى الكتاب: يمتنع كراء الدابة للتشييع حتى يبين منتهاه.

قال غيره: إلا أن تكون فيه عادة، ويمتنع كراؤها لإفريقية، والأخرى لبرقة حتى يبين التى لبرقة.

فرع: فى الكتاب: يمتنع كراؤهم لأزوادهم على أن كل من مرض حمل.

فرع: قال ابن يونس: قال مالك: يجوز إن تقدمت عن البلد، فبحساب ما تكاريت، إذا سمى موضع التقدم أو عرف، وإلا امتنع؛ للجهالة.

قال محمد: ولا ينقده إلا كراء الغاية الأولى؛ حذرًا من البيع والسلف.

ويجوز: إن وجدت صاحبى دون الغاية، فعلىَّ بحسابه إن لم ينقد.

قال ابن القاسم: إلى مكة بعشرة، وإلى اليمن بخمسة عشر يمتنع؛ لأنه بيعتان فى بيعة إلا أن يقول: بحساب ذلك، إلا أن ينقص من الحمولة أو يزيد فيها.

قال عبد الملك: يجوز إلى مكة بدينار، وإلى الطائف بأربعة؛ لأنها صفقة للطائف[1] بخمسة.

ويمتنع: إن بلغت الطائف، إلا أن تكون الوجهة الأولى أرخص، فيمتنع؛ لأنه يرخصه بإطماعه فى الثانية.

---

(١) فى أ: للطالب.

فرع: قال: يمنع: دابتك المكتراة إلى مكة إذا بلغت بى إلى الطائف، فبحساب ما اكتريت؛ لأن كراء الدابة المعينة لابد فيه من الشروع؛ لئلا يكون المبيع المعين يتأخر قبضه، وإنما جاز ذلك فى الأول؛ لأنه شرع.

فرع: فى الكتاب: يجوز الكراء إلى مصر، وإن كانت اسم الإقليم؛ لأن العادة: الفسطاط، بخلاف الشام، وخراسان؛ لعدم الانضباط.

فرع: فى الكتاب: يجوز على حمل رجلين أو امرأتين لم يرهما؛ لتقارب الأجسام، فإن أتاه بفادحين، لم يلزمه.

والفادح: العظيم الثقيل من الرجال وغيرها.

قال ابن يونس: والكراء باق بالوسط.

فرع: فى الكتاب: يجوز الكراء على زاملة لا يخبره بما فيها، ويحمل على المعتاد، وله من التعاليق المعتاد، وإن شرط هدايا مكة وهى معلومة عادة، جاز، وإلا فلا.

فائدة[1]:

قال صاحب التنبيهات: الزاملة: ما يحمل فيه؛ كالخرج ونحوه.

فرع: فى الكتاب: يجوز اشتراط عقبة الأجير؛ لأنه معروف.

فرع: قال ابن يونس: أجاز مالك إجارته على أن يخيط له ولأهله ما يحتاجون إليه فى السنة، والفران على أن يخبز[2] سنة أو شهرًا، إذا عرف عيال الرجل، وما يحتاجون إليه.

فرع: قال: قيل: إذا كانت الأعمال يتفاوت ضررها بالحانوت لم يجز حتى يعين العمل، وإلا جاز، قاله الأئمة.

وقيل: إذا كان الحانوت بسوق عرف بعمل فعليه دخل.

فرع: فى الكتاب: يجوز كراء أرض المطر عشر سنين إن لم ينقد، فإن شرط النقد فسد العقد؛ لتوقعه سلفًا، وكذلك لو قرب الكراء وقرب الحرث إلا أن يتمكن من الحرث فحينئذ ينقد تلك الشربة؛ لتحقق الأمان فيها.

---

(١) فى أ: فرع.
(٢) فى أ: والقرآن على أن يجيز.

قال غيره: لا تكرى أرض المطر التى تروى مرة، وتعطش أخرى إلا قرب الحرث وتوقع الغيث، وإن لم ينقد؛ للغرر فى المنفعة، ويمنع كراؤها بالنقد حتى تروى ريًا مأمونًا عامًا واحدًا، إلا أن تكون مأمونة؛ كما فى[1] النيل، فيجوز بالنقد وبغيره.

قال صاحب النكت: لا يلزم النقد فى أرض المطر حتى يتم الزرع وينقد فى أرض النيل، والمأمونة من غيره إذا رويت، وأرض السقى التى تزرع بطونًا ينقد عند ابن القاسم كل بطن إذا أسلم حصته.

وعند غيره: إذا روى أول كل بطن، فإن أكرى ثلاث سنين بمائة:

قال ابن القاسم: ينقده السنة الأولى الثلث، ولا ينظر إلى تشاح الناس، إنما ذلك فى الدور، وليست العادة فى الأرض المشاحة فى ذلك، وكذلك نخلات أرض السقى، وكذلك قال: إذا هارت البئر بعد سنة أعطى بحسابها على تشاح الناس.

فرع: فى الكتاب: يجوز كراء مائة ذراع من أرضه الغائبة إذا كانت مستوية كشراء آصع من صبرة، ويمتنع فى المختلفة؛ كالبيع حتى يسمى أى موضع منها.

وقال غيره: يمنع فى المستوية حتى يعين الموضع.

قال صاحب النكت: إنما منع الغير؛ لأن من قول أصحاب مالك: منع ثوب من ثوبين مستويين على أن يضربا القرعة عليهما؛ لما فى الصورتين من غرر القرعة لغير التساوى.

قال ابن يونس: ألزم عليه عدم جواز الشائع؛ لوقوع القرعة فيه، وهو جائز اتفاقًا، وتوقع القرعة؛ لتوقع الاستحقاق.

فرع: فى الكتاب: إذا اشتريت الزرع على الحصاد، ثم أذن لك رب الأرض فى بقائه بأجر أم لا - يمتنع؛ لأنه معرض للجوائح، فهو بيع غرر، ومنفعة الأرض مدة بقاء الزرع مجهولة، وإنما جاز تبعًا لأصل الزرع، وأما المفرد فلا، فإن اشتريت الأرض صحت التبقية.

فرع: قال فى الجواهر: يصح كراء الأرض من غير تعيين المنفعة من زراعة أو غيرها، ويفعل من ذلك ما يشبه، واشترط (ش) تعيين الزراعة أو غيرها، وجوز على

---

(١) فى أ: كأمن.

أن يزرع ما شاء؛ حملًا له على الأعلى، فإن أشبه الجميع وبعضها أضر فسد العقد.

ولو قال: انتفع بها ما شئت، جاز، وله زراعة غير ما أجر له من جنسه، وقاله الأئمة.

ولو شرط عليه ألا يزرع إلا صنفًا عينه امتنع؛ لتوقع تعذره، فإن فعل، فله كراء المثل، وإذا اكترى للبناء، لا يشترط معرفة مقدار البناء، ولا صفته بخلاف البناء على الجدار؛ لأن حمل الأرض لا يختلف.

فرع: قال: يشترط فى دواب[1] الركوب: الرؤية، والصفة الجامعة للأغراض من الجنس، والنوع، والذكورة، والأنوثة إلا أن يعلم ذلك بالعادة، ولا يحتاج إلى وصف الراكب، بل لو تعين بالركوب أو بالرؤية لم تتعين، وله أن يجعل مكانه مثله، وقاله الأئمة فى الدار، والأرض، والدابة؛ لأن المستوفى للمنفعة لا يتعين؛ لأنه مالك، والمالك له سلطان[2] التمليك لغيره، بخلاف المستوفى منه؛ لأنه أحد العوضين فيبقى فيه الغرر، والمستوفى به لا يتعين أيضًا؛ لأنه آلة لا تقابل بالعوض إلا فى أربعة مواضع، تقدم بيانها[3] فى الصبيين والدابتين.

وحيث كان الكراء فى الذمة لا يشترط وصف الدابة إلا أن تكون الحمولة تحتاج لذلك؛ كالدجاج ونحوه، كما لا يحتاج إلى تعيين ما يعطى منه السلم.

فرع: قال: إن استأجر لزراعة القمح شهرين بشرط القلع، جاز؛ لأن المقصود: النقل، وإن شرط البقاء امتنع لمناقضة شرطه للتأقيت[4]، وإن أطلق فسد، إن كان العرف الإبقاء.

فرع: قال: إذا زرع ما هو أضر، فعليه الكراء الأول، وما بين الكراءين.

تمهيد:

إنما قال ذلك، ولم يقل: عليه كراء الزرع الثانى مع أنه هو الواقع غالبًا، فإن الشعير إذا كان فى العرف بدينار، والقمح بدينارين، فإنه إنما يستأجر للشعير بدينار فى الغالب، فإذا زرع القمح يكون عليه دينار، وهو الكراء الأول، وما بين الكرائين

---

(١) فى أ: ذوات.
(٢) فى أ: سلطنة.
(٣) فى أ: تعدم بنايها.
(٤) فى ط: التاقيت، وفى أ: للتياقيت.

وهو الدينار الذى امتاز به كراء القمح، فيكون المتحصل له ديناران، فلو قال: الكراء الثانى، صح، ولا حاجة إلى التطويل، لكن عدل عنه لحكمة، وهو أن الكراء الأول قد يكون فيه نزول عن كراء المثل بسبب حاجة رب الأرض أو غير ذلك، فتضيع تلك الرخص المستفادة من العقد، ويبطل موجبه، وكذلك لو وقع بأغلى لحاجة المكترى، أو غير ذلك من الأسباب.

ومثاله: كراء الشعير سبعة، وكراء القمح عشرة فى العرف، اكترى الشعير بدينار؛ لضرورة رب الأرض أو لصداقة له، ثم زرع قمحًا، فعلى قوله - يعطى خمسة، وعلى ما يتخيله السائل - يعطى عشرة، فيذهب عليه ما حصله من الغبطة بالعقد، وعكسه: لو اكترى الشعير بعشرة؛ لسبب غرض، فزرع قمحًا فعلى قوله: يعطى ثلاثة عشر، فلا يفوت على رب الأرض ما حصله من الغبطة بالعقد.

وعلى قول السائل: لا يعطى إلا عشرة، فيذهب عدوانه لا أثر له، فهذا سر قول العلماء: يعطى الكراء الأول، وما بين الكرائين.

فرع: فى النوادر: قال مالك: إذا سكن دارًا حياته، جازت إجارته لها ثلاث سنين فأقلّ، ولا يجوز أن يؤاجر نفسه ذلك.

فرع: قال: منع مالك كراءها إلى الإسكندرية وبعد رجوعك تبقى عليها زرعك شهرًا؛ لأنك لا تدرى كيف ترجع.

فرع: قال الأبهرى: يمنع: إن ماتت الدابة انفسخ الكراء؛ لأنه كراء إلى موتها، وهو مجهول.

فرع: قال: تجوز إجارتها ليسقى دواب القرية إن كانت الدابة[1] معلومة وإلا فلا.

فرع: فى النوادر: قال ابن حبيب: إذا اكترى دابة معينة، وشرط: إن ماتت، فالأخرى مكانها إلى منتهى السفر، أو شرط أن يأتى كراه مضمونًا[2] - يمتنع؛ للغرر، وإن نقده وهلكت الدابة المعينة، لا يأخذ فى نقده دابة أخرى معينة؛ لأنه فسخ دين فيما يتأخر قبضه، فيشبه الدين بالدين، إلا أن يكون موضع ضرورة كالفلاة.

---

(١) فى أ: الذات.

(٢) فى ط: كراءه مضمون.

فرع: فى النوادر: قال ابن القاسم: يجوز دفع الشبكة يصيد بها: يومًا لنفسه، ويومًا لك، وفى الشهرين كثير؛ لتظافر الجهالة، ويجوز إجارة الصياد، ويجتهد فى إلقاء الشبكة حسب الإمكان.

فرع: قال: إذا ضرب أجلًا للدابة، وسمى موضعًا، أو عين عملًا، يمتنع؛ لأنه بيعتان فى بيعة فيفسخ.

وقيل: يصح، ويكون له المسمى إن بلغ الموضع فى ذلك الأجل، وكراء مثله إن لم يبلغ إليه فيه، وهذا إذا كان الأجل واسعًا يدرك فيه الموضع، وإلا امتنع اتفاقًا.

وكذلك: إن بلغت فى أجل كذا وكذا، فلك كذا وكذا.

* * *

الباب الثانى

فى أحكام الإجارة

وفيه فصلان:

الفصل الأول

فى مقتضيات الألفاظ وعوارض العقد من شرط، وإقالة، وتحالف وغير ذلك.

وفى الجواهر: الخيط فى الخياطة على المالك إلا أن يكون عادة، وقاله (ش)؛ لأنه عين لازم منفعته، وعلى الحضانة لا يستتبع الإرضاع، وعلى الإرضاع لا يستتبعها.

وفى الكتاب: الإجارة لازمة، وليس لأحدهما الترك، وقاله الأئمة؛ لأنه عقد شرع؛ لدفع[1] الضرورة فى المنافع، فيلزم بالعقد كالبيع، ولأن الأصل: ترتب المسببات على أسبابها.

قال صاحب المقدمات: الإجارة ثلاثة أقسام:

جائزة: كخياطة الثوب.

ومكروهة: فى الحج والصلاة، والمسلم يؤجر نفسه من الذمى فيرد، ما لم يفت فيمضى بالمسمى.

ومختلف فى كراهتها وتحريمها: كحفر العين ألف ذراع، وما فيه من الصفاء [فعلى ربه شقه فكان الصفا][2] مائة ذراع فشقها وطلب بدل[3] عملها بموضع أضعف من الأول.

قال مالك: يرد بقدره من الأجرة.

قال ابن القاسم: له أجرة مثله؛ لأنها فاسدة؛ لعدم انضباط الصفاء، وصحح مالك العقد، وأبطل الشرط.

تمهيد: قال: الأعمال ثلاثة أقسام:

---

(١) فى ط: لرفع

(٢) سقط فى أ.

(٣) فى أ: نذر.

ما تصح فيه الإجارة والجعل[١]: كبيع الثوب، وحفر البئر، واقتضاء الديون، والمخاصمة فى الحقوق.

وعن مالك: منع الجعل فى الخصومة.

ويمتنعان فيه: وهو ما يحرم فعله أو يجب.

وفيه الإجارة فقط؛ كخياطة الثوب، وخدمته[٢] الشهر، وبيع السلع الكثيرة، والسلعة الواحدة التى يعلم وجود ثمنها فى الحال، ونحوه مما تبقى للجاعل منفعته، ويمتنع اجتماع الجعالة والإجارة؛ لتضاد أحكامها، ويفسدان جميعًا.

وعن سحنون: اجتماع المغارسة والبيع، وهو من هذا القبيل.

فرع: فى الكتاب: الإجارة على البيع يجب فيها ضرب الأجل، ويمتنع النقد[٣]؛ لتوقع عدم البيع فى جملة الأجل، فيرد بعض الأجرة، فيكون تارة بيعًا، وتارة سلفًا، وإذا[٤] لم ينقد، ومضى من الأجل بعضه، فللأجير حصته؛ لأنه فى مقتضاها.

فرع: قال: يجوز على بيع سلع كثيرة شهرًا، على أنه متى شاء ترك؛ لأنها إجارة فيها خيار. ويمتنع النقد، كما تقدم.

قال صاحب الإشراف: يجوز - عندنا - شرط الخيار فى الإجارة المعينة والمضمونة؛ خلافًا للشافعية؛ قياسًا على البيع.

قال ابن يونس: ويمتنع التطوع بالأجرة بعد العقد؛ لأنه لما كان له الترك متى شاء كأنه فسخها فى العمل، فهو كفسخ دين فى دين، وكذلك لو أجره على أنه بالخيار ثلاثة أيام، وهو كالتطوع بالنقد فى السلم بالخيار.

قال سحنون: لا أعرف هذا الخيار، وإنما يكون الخيار يومين أو ثلاثة، ما لم يعمل.

قال حمديس: لو صح قول ابن القاسم لفسدت الإجارة؛ لأنه إنما يجوز من الخيار فى الإجارة ما[٥] يجوز فى البيع.

---

(١) فى أ: والكيل.
(٢) فى ط: وخدمة.
(٣) فى أ: البعد.
(٤) فى ط: أنا.
(٥) فى ط: مما.

قال محمد: إنما يمتنع النقد إذا ضرب أجلًا إذا كان المتاع معينًا وإلا فيجوز، ويعمل له جملة الأجل.

سؤال: أى محذور فى قولنا: تارة بيعًا، وتارة سلفًا؟

قاعدة: السلف شرعه الله - تعالى - معروفًا وإحسانًا بين الخلق، وما شرع لحكمة يمتنع إيقاعه غير متضمن تلك الحكمة، فلا تجوز الملاعنة فى حق المجبوب لدرء النسب؛ لكونه منتفيًا عنه بغير لعان، ولا تجوز إقامة الحدود على السكارى حالة السكر، لعدم مشاهدتهم لتفاصيل المؤلمات حينئذ، ولا تشرع عقود المعاوضات مع الغرر والجهالات؛ لذهابها بانضباط مظان تنمية المال.

فكذلك لا يجوز السلف على غير وجه المعروف، والسلف بشرط: البيع، أوقعه للمكايسة لا للمعروف، فيمتنع، والدافع الثمن أو الأجرة لم يدفعها للمعروف، فتوقع ردها بعد الانتفاع توقع لسلف لم يقصد به المعروف، فيمتنع، لكنه أخف من السلف بشرط النفع؛ لكونه لم يتعين كونه سلفًا بخلاف ذلك.

فرع: فى الكتاب: يمتنع [على](1) النسج على أن يسلفك غزلًا؛ لأنه سلف للنفع.

قال صاحب النكت: إن وقع رددت مثل السلف، والثوب لك، وعليك أجرة المثل؛ لفساد العقد. وقد انتفعت بالربا، وليس كمن دفعت له خمسين على أن يسلفك خمسين، ويعمل الجميع سوارين، وتعطيه أجرته؛ لأن عين الذهب قائمة والغزل استهلك، بل هو كمن موه لجامًا على أن يزيده الصانع من عنده؛ لأن ما جعل فى اللجام مستهلك.

وقيل: الثوب بينهما على قدر غزلهما، وله أجرة مثله فى حصتك؛ كالسوارين.

قال: والأول أصوب.

قال اللخمى: على القول بأن الثوب مشترك بينهما: فعليه الأقل من المسمى فيما ينوب الغزل، أو إجارة المثل.

فرع: فى الكتاب: إذا استأجر ثوبًا أو خيمة شهرًا، فحبسه، لزمته الأجرة، وإن

---

(1) سقط فى ط.

لم يلبسه؛ لأن بذل الأجرة على التمكين، ولأن المنفعة هلكت تحت يده، فتجب الأجرة؛ كالثمن فى البيع إذا هلك المبيع عنده، ولو حبسه بعد المدة، فالأجرة عليه للحبس من غير لبس مع أجرة العقد؛ لأنها منفعة لم يعاقد عليها.

وقال غيره: بحساب ما استأجر إن كان ربه حاضرًا؛ لأن حبسه بعد العقد رضا بمقتضاه.

ولو ضاع فى نصف الأجل وأصابه بعده، لم يلزمه أجرة الضياع، بل حصة النصف الأول، وكذلك الدابة.

قال ابن يونس: قيل: معنى أجرته بعد المدة من غير لبس: أن يكون كراؤه ملبوسًا فى الشهر عشرة، وإبلاء اللبس [له][1] فى الشهر خمسة، فيكون عليه خمسة، وكذلك الدابة.

قال: وفيه تطويل بل يقال: كم أجرتها غير مركوبة وملبوس مع أنه حبسهما عن ربهما وفوته منافعهما، وإلا يلزم - إذا كان اللبس لا ينقصه - أن يعطى مثل كراء الشهر، وهو خلاف قوله.

فرع: فى الكتاب: يمتنع دفعك الثوب المكرى لغيرك يلبسه؛ لاختلاف الناس فى اللبس والأمانة، ويضمن إن فعل؛ لاختلاف الناس فى اللبس، ويكره فى الدابة المركوبة، وإن كان مثله أو أخف؛ لأن الأخف قد يعقر الدابة بقلة معرفته للركوب، فأمره غير منضبط، غير أن الدابة فيها تحمل بخلاف الثوب، ولا يفسخ ولا يضمن إذا كان مثله فى الخفة، والحلة، والحالة [والأمانة][2] ولو بدا له فى السفر أو مات، اكتريت من مثله، وكذلك الثياب؛ خلافًا لـ (ش) بخلاف الكراء للسفن، والدور والفسطاط، فلك كراؤه فى مثل حالك فى لبسك وأمانتك.

قال ابن يونس: لم يضمنه سحنون فى كراء الثوب كالفسطاط.

والمذهب فى الدابة والثوب: الكراهة، وهو مراده فى الكتاب.

وفى الكتاب: تجوز إجارة العبد فيما استأجره له، فإن أجره له فى غيره فعطب، ضمنه إن كان عملًا يعطب فى مثله، ولأنه متعد.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) سقط فى ط.

قال ابن يونس: له أن يحوله من العمل إلى نوعه مثل الحصاد والحزر والفصد، فإن قال: لا أحسنه، فلك فسخ الإجارة إلا أن يكون يسيرًا لا ضرر عليك فيه.

فرع: فى الكتاب: يجوز بيع العبد المستأجر مع قرب الإجارة كاليومين، وإلا لزم تأخير القبض فى البيع المعين.

قال صاحب التنبيهات: يجوز فى نحو اليومين، فإن رضى المشترى، وإلا فله القيام بهذا العيب[1]، فإن علم بعد انقضائها، فهل له الأجرة فى دينك اليومين؟ خلاف.

وقيل: للمبتاع الرد، ويمنع فى البعيدة، وله الأجرة.

وقيل: هو كعيب ذهب فيلزم، وله الأجرة رضى البائع أو كره؛ لأنها منفعة ملكه.

وقيل: يرجع المبتاع بالثمن ما بين قيمته على القبض إلى أجل الإجارة، واختلف فى مراده فى الكتاب فى الإمضاء فى القريب، ويفسخ فى البعيد، حمله ابن أبى زيد قبل انقضاء الأجل، وقيل: بعد الأجل.

فرع: فى الكتاب: إذا وجد العبد سارقًا، فله الرد؛ كالبيع، إن كان للخدمة؛ لعسر التحفظ منه بخلاف إجارته للمساقاة؛ لإمكان التحفظ، ولأنه شريك، ولأن لك المساقاة عليه.

فرع: قال: إذا لم يقدر الأجير على أكثر من الغنم، لا يرعى معها غيرها إلا أن يدخل معه راع يقوى به [عليه][2]، فله ذلك فى الغنم اليسير، إلا أن يشترط عليه عدم ذلك، فيجوز، ويلزم كسائر الشروط، فإن رعى غيرها، فالأجرة لك؛ لأنك استحققت منفعته فى الرعى، وكذلك أجير الخدمة إذا أجر نفسه يومًا، لك الأجرة.

وقال غيره: إن لم توجب الرعاية الثانية تقصيرًا فى الأولى، فلا أجرة له.

قال صاحب النكت: إذا كان مضمونًا تحت يدك فليس عليك تنمية[3] ما يرعى لك بخلاف المنفرد بنفسه، والمشترك لجميع الناس، لابد من التنمية[4]، وإذا

(١) فى أ: الفتيا.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: تسمية.
(٤) فى ط: التسمية.

اشترط عليه ألا يرعى غيرها، فرعى، فالأجرة لك، ولك تخييره؛ كما خيرت فى أجير الخدمة يؤاجر نفسه: بين الأجرة، وإسقاط ذلك من المسمى.

قال ابن يونس: تخييرك فى أجير الخدمة إنما ذلك فيما يشبه أجرته، وأما إن استأجرته شهرًا بدينار فيؤاجر نفسه فى أمر مخوف بدينار، أو يقاتل فيدفع له فى قسمه عشرة دنانير - لا يكون لك إلا أجر ما عطلك من عملك.

قال اللخمى: يجوز استئجارك للرعى لك، وإن لم تسم ذلك، ويحمل ذلك على جميع منافعه، ولك أن تأتيه بما يقدر عليه، إذا كان المستأجر يعلم قدر رعاية مثله، ولا يكون له أن يرعى معها غيرها، فإن فعل، فالأجرة لك.

قال: وأرى: إذا اشترط عليه ألا يرعى، فرعى - أن يخير بين الفسخ عن نفسه ما زاد؛ لمكان الشرط، وأخذ قيمة الزيادة إلا الأجرة؛ لوجود الأسباب الثلاثة: عاقد على وفور المنفعة، ففاتت وباع بعض منافعه المستحقة له، فله إمضاء العقد، وله أخذ القيمة بالتفويت، وكذلك إذا ترك رعاية الأولى ورعى غيرها يخير بين الثلاث.

وإذا قلت: استأجرتك على هذه الغنم:

قيل: يجوز، والإشارة كالصفة فيختلف غيرها إن أصيبت.

وقيل: تعين، والإجارة فاسدة؛ للتحجير عليك، فلا تقدر على بيعها.

وقيل: تتعين وهى جائزة، وقاله (ح)، وأحمد. وقالا: ينفسخ العقد فى الذاهب منها، وفائدة التعيين عندنا: ألا يكلف الخلف.

قيل: إن قرب الأجل جاز، وإلا فلا، وكذلك الأحمال إذا قال: تحمل هذه الأحمال.

قال فى كتاب الرواحل: لا تتعين، وعلى قوله ههنا فى الغنم: يتعين، ثم يختلف هل تكون جائزة أم لا، أو يفرق بين القريب والبعيد؟

قال: وأرى: الجواز فيما قرب؛ لخفة التحجير، وفيما بعد إذ كان الشرط منك؛ لأن غرضك: عدم تكلف الخلف، وإن كان من الراعى فسدت.

فرع: فى الكتاب: ليس للراعى أن يأتى بغيره يرعى مكانه، ولو رضيت بذلك؛ لأنه فسخ دين فى دين، ويحرم على الراعى سقى لبن الغنم؛ لعدم الإذن فى ذلك، ويحمل فى رعاية الولد على عرف الناس، فإن لم تكن عادة لم يلزمه؛ لعدم تناول العقد لها.

قال اللخمى: سقى اللبن مكروه، ولا يحرم؛ لأن الغالب: الإباحة وإن كانوا يبيعونه، أو[١] أكثرهم، حرم أو يبيحونه، لم يكره.

فرع: فى الكتاب: للصناع منع ما عملوا حتى يقبضوا أجرهم كالبائع فى البيع؛ لأنهم بائعون لمنافعهم، وهم أحق به فى الموت والفلس، وكذلك حامل المتاع أو الطعام على رأسه أو دابته أو سفينته؛ لأن المنفعة المستأجر عليها إنما تحصل بتسليم العين، فكأنها سلعتهم بأيديهم، وهو مورد الحديث فى الفلس[٢].

فرع: فى الكتاب: إذا استأجرته على بناء حائط وصفته له، فبنى نصفه، ثم انهدم، فله بحساب ما بنى؛ لأنك قبضته، وليس عليه إعادة العمل لمزيد الضرر عليه، كان الأجر من عندك أو من عنده. قال غيره: هذا فى عمل رجل بعينه، وعليه فى المضمون تمام العمل؛ توفية بالعقد، وحفر البئر كبناء الحائط إلا أن يكون جعالة، فلا شىء له إذا انهدمت قبل إسلامها إليك: وإسلامها إليك فراغه من الحفر والبناء.

قال مالك: والأجير على حفر البئر إذا انهدم قبل فراغه، لا شىء له، أو بعد فراغه، فله الأجرة.

قال ابن القاسم: وذلك فيما يملك من الأرضين.

قال صاحب التنبيهات: إن استأجره على بناء حائط فبنى نصفه ثم انهدم، وقال الغير: ذلك فى رجل بعينه، قيل: وفاق، وقيل: خلاف.

قال: وأرى أن قول الغير راجع إلى اشتراط الآجر والطين: أجازه مالك، وابن القاسم.

[وقال الغير][٣]: إذا كان على وجه الضمان لم يشترط رجلًا بعينه، جاز إذا قدم نقده، فجعله الغير كالسلم يلزم فيها شروطه، وإن لم يذكر فيها ضرب الأجل؛ لأن المقبوض تبع لما لم يقبض، وابن القاسم: كان الرجل معينًا أم لا، واعتمد فى تقدير

---

(١) فى ط: و

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ٧٦)، فى الاستقراض: باب إذا وجد ماله عند مفلس فى البيع والقرض، والوديعة فهو أحق به (٢٤٠٢)، ومسلم (٣/ ١١٩٤)، فى المساقاة: باب من أدرك ما باعه عند المشترى (٢٤/ ١٥٥٩).

(٣) سقط فى أ.

العمل والمبيع من الأجر على العادة، ومنع عبد الملك المسألة للجهالة.

ووقع فى الأسدية: إن تشاحا بنى ما بقى من العمل، فما يبنيه جميع الأجرة إلا أن يكون ذلك الذى سقط شق البناء، فعليه الإعادة، وأصل حفر البئر وغيره: أن الجعالة تمنع فيه إلا فيما يملك، ولا تجوز فى المملوك إلا الإجارة.

قال ابن يونس: قال محمد: لا يجوز فيما لا يملك إلا الإجارة؛ لأن المجاعل له الترك متى شاء، فلا يترك له شيئًا ينتفع به، فلو بنى البعض، وحفر، وترك، وعامل المجاعل غيره، فأتم، كان للأول بقدر ما انتفع به الآخر بالاجتهاد، قاله ابن القاسم. وقد يصادف الأول أرضًا رخوة أو صلبة.

وعن ابن القاسم: يعطى الثانى جعله كاملًا، وعلى المجاعل قيمة ما انتفع به، كان أقل من جعله أو أكثر.

قال اللخمى: يجوز فى حفر البئر ثلاثة أوجه:

الإجارة، والجعالة، والمقاطعة. وتلزم إلا الجعالة، وتجوز الجعالة فيما لا يملك، واختلف فى جوازها فيما يملك فى الحراسة والحفر مثله.

فرع: قال صاحب النكت: أجيران على حفر بئر مرض أحدهما بعد حفر بعضها:

قيل: يلزم صاحبه الإتمام، والأجرة بينهما، ويرجع على المريض حصته من الكل، إلا أن يكون يسيرًا إن كان شريكين فى هذه الصناعة، وإلا فإن شرطا عمل أيديهما، أو أن يكون العمل مضمونًا على كل واحد منهما، فالمكمل متبرع عن المريض.

قال اللخمى: إذا حفر الصحيح له نصف الأجرة، والنصف الآخر للمريض، قاله ابن القاسم.

يريد: أن الإجارة كانت على الذمة؛ لأن الصحيح متطوع.

وقال سحنون: النصف الآخر لصاحب البئر، فإن حفر بعد طول المرض، رجع على صاحبه بالأقل من أجرة مثله، أو أجرة غيره ممن كان يعمل معه؛ [لأن أجرة الصحيح إذا كانت أكثر، يقول المريض: كان لى أن أبنى لمن يعمل][1] دون

(١) سقط فى أ.

صنعتك؛ لأنه بدل شيء، ولا مقال لِرب الأرض عليها، قرب المرض أو طال؛ لأنه عمل مضمون، وإن كانت الإجارة على أعيانها، لم يستحق المريض على صاحب البئر عن حفر صاحبه أجرة حفر فى أول المرض أو آخره، ولا شيء له على الصحيح - عند سحنون - لأنه استأجره على كمال البئر. وقال أصبغ: لأنه قام عنه بعمل ليستأجر عليه، ثم المريض: إن كان يمكنه إخلاف موضع آخر يحفر له مثله - أخلفه؛ لأن المستأجر له لا يتعين، وإلا انفسخت الإجارة فى حقه.

فرع: فى الكتاب: إذا حفر قبرًا شقا، فقلت له: أردته لحدًا، حملتها على العادة.

فرع: فى الكتاب: قلت: عملته بغير أجر، وقال: بأجر، صدق فيما يشبه من الأجر، وإلا رد إلى أجر مثله؛ لأن الأصل: عدم التبرع.

وقال غيره: يحلف ويأخذ الأقل مما ادعى، أو أجرة مثله؛ مؤاخذة له بإقراره.

وقال (ح): تصدق أنت؛ لأنه ادعى عليك الدين إلا أن يعمل ذلك من عنده.

قال صاحب النكت: إذا ادعى الصانع ما لا يشبه، حلفت لتسقط الزائد على أجرة المثل، وقول الغير فى أخذ الأقل، يريد: وتحلف أنت - أيضًا - إن كانت التسمية أكثر من أجرة المثل؛ لتسقط الزائد، وإن ادعى أجرة المثل فأقل، حلف وحده.

قال اللخمى: إن كان المسمى أقل حلف الصانع وحده، واستحق المسمى، أو أجرة المثل أقل، حلف الصانع: أنه لم يعمل باطلًا، وحلفت: ما استأجرته بتلك التسمية، وغرمت أجرة المثل إن كان مما يشبه: أن العمل باطل، وإلا أخذ المسمى إن كان أقل بغير يمين؛ إذ لابد منه.

وإن كانت إجارة المثل أقل، حلفت وحدك، ودفعت أجرة المثل، فإن نكلت، حلف وحده، وأخذ التسمية، وذلك إذا[1] اختلفتما بعد التسليم[2] [فإن لم][3] يسلمه، حلف الصانع وحده على التسمية، وأخذها قولًا واحدًا إذا أتى بما يشبه؛ لأنك لو قلت: استأجرتك بثمانية، وقال: بعشرة، صدق إن كان الثوب فى يده، فإذا قلت باطلًا، فهو أبين.

---

(١) فى ط: إذ

(٢) فى ط: للتسليم.

(٣) سقط فى أ.

فرع: فى الكتاب: إذا قلت: أودعتك، وقال: استأجرتنى على صبغه، صدق؛ لأنهم لا يشهدون فى العادة، ولو جوز هذا لذهبت أعمالهم، وقال غيره: بل الصانع مدع.

قال اللخمى: أصل سحنون: تصديق الصانع فى طرح العداء، وتصديق الآخر فى طرح التسمية، ويكونان شريكين.

والأول أظهر؛ لأن الغالب: الاستصناع، والإيداع نادر.

وكذلك الاختلاف إذا أراد التضمين بالتعدى، وإلا إن كانت أجرة المثل مثل المدعى [فأكثر دفعتها][1] بغير يمين، وإن كانت أقل:

فعند مالك: يحلف الصانع ويأخذ المسمى؛ لأنه ادعى ما يشبه.

وعلى قول الغير: تحلف أنت وتدفع أجرة المثل.

فرع: فى الكتاب: إذا قلت: سرق منى، وقال: استعملتنى[2]، تحالفتما، وتدفع أجرة العمل وتأخذه لحصوله لك، فإن أبيت، دفع قيمة الثوب غير معمول؛ لحصوله له، فإن أبيتما، كنتما شريكين بقيمة الثوب غير معمول، وقيمة العمل؛ إذ ليس أحدكما أولى من الآخر، وكل واحد منكما مدع. وقال غيره: العامل مدع، ولا يكونان شريكين؛ لأن الأصل: بقاء سلعتك لك سالمة من الشركة.

قال ابن القاسم: وكذلك إن ادعيت أنه سرقه، إلا أنه ههنا إن كان لا يشار إليه بذلك، عوقبت وإلا فلا.

قال صاحب النكت: إذا قلت: سرق منى واخترت أخذه، وإعطاء قيمة الصبغ وهى مثل دعواه، أو أكثر، لا يمين عليك، أو أقل، حلفت: ما دفعته إليه؛ لتسقط الزائد، ويؤدى القيمة، وإن اخترت التضمين، واختار إعطاءك قيمته بغير صبغ فلا يمين عليكما، وإن أبى، تحالفتما وكنتما شريكين، هذا على مذهب ابن القاسم.

وعلى قول الغير فى جعله مدعيًا: تحلف أنت، وتلزمه قيمة الثوب.

قال ابن يونس: إذا قلت: سرق منى، وقال: استعملتنى، يقال له: ما تريد؟ فإن أردت تضمينه، حلفت: ما استعملته، ثم يحلف: لقد استعملتنى، ويبرأ من

(١) فى ط: فأكثر دفعها، دفعتها.
(٢) فى ط: استعلمتنى.

الضمان، ثم تدفع قيمة الصبغ؛ لأنك برئت من المسمى بيمينك[١]، فإن أبيت، دفع إليك قيمة الثوب، فإن أبى، كنتما شريكين، وإن قلت أولًا: لا أريد أخذ ثوبى، وقيمة الثوب مثل دعوى الصانع فأكثر، فلا أيمان بينكما؛ لأن الصبغ لابد منه، وإن كانت أقل، حلفت وحدك؛ لتحط الزائد، فهذا جواب: سرق منى، وأما: سرقته، فأنت مدعى التعدى، فتحلفان، ليتعين الضمان، ويبرأ منه الآخر.

فرع: فى الكتاب: إذا اختلفا قبل السير، أو بعد سير لا ضرر فيه، فقلت: إلى إفريقية بمائة، وقال: إلى برقة بمائة - تحالفتما، وتفاسختما؛ كالبيع، نقدت الكراء أم لا.

وقال غيره: إذا انتقد وكان قوله يشبه، صدق مع يمينه؛ لأنه مدعى عليه.

وإن اختلفا فى المسافة[٢] فقط، فقال: إلى برقة، وقد بلغتها، وقلت: إلى إفريقية، وقد انتقد - فهو مصدق؛ لأنك تدعى عليه عدم[٣] بقية الكراء إن أشبه أن يكون الكراء لبرقة ذلك، وإن لم يشبه إلا قولك: فله حصة مسافة برقة على دعواك بعد تحالفكما، ولا يلزمه التمادى، وأيكما لم يحلف، قضى لمن حلف، ويقضى بأعدل البينتين، فإن تكافأتا، قيل للمشترى: افسخ الكراء.

وقال غيره: يقضى بما زاده أحدهما، وليس بساقط.

قال ابن يونس: اختلافهما كاختلاف المتبايعين، كما تقدم فى البيوع.

قال محمد: يبدأ صاحب الدابة باليمين، فإن اختلفا بعد طول السفر فى المعنية[٤]، أو بعد طول المدة فى المضمون - صدقت فى الأجرة وإن لم تنتقد، وقلت ما يشبه، ويغرم حصة ما مضى، وصدق المكرى فى المسافة، وكانت فى القرب سلعتاكما بأيديكما لم تفت، ومع البعد كفوت السلعة بعد القبض. وعلى أصل ابن القاسم: إن أشبه قول المكترى، صدق، انتقد أم لا، وإن لم يشبه قول أحدهما، تحالفا وله كراء المثل فيما مضى، وأيكما نكل قضى لمن حلف.

قيل: ولو اختلفا بعد سير نصف الطريق من برقة، وبعد النقد - صدق كالمشترى

---

(١) فى أ: فتمسك.
(٢) فى أ: التافه.
(٣) فى ط: غرم.
(٤) فى ط: المعينة.

إذا أشبه، وتبلغه برقة؛ لأن التفاسخ هناك ضرر بخلاف سكنى الدار. ولو لم ينقده لأتم له - أيضًا - المسافة بما أقر به المكترى أنه الكراء إلى إفريقية.

قال محمد: إذا قال: للمدينة بمائة، وقلت: إلى مكة، وقد نقدته مائة، وبلغتما المدينة، تحالفتما وفسخ ما بقى، ولا يكون له غير ما قبض إلا أن يكون فى الحج، فعليه التمادى؛ لأن العادة فيه الكراء كذلك.

قال مالك: كان المحمول رجلًا أو حمالًا.

وعن ابن القاسم: يصدق المكترى فى الحج فى الحمولة والزوامل، ويصدق المكرى فى الأحكام مع يمينه إذا انتقد، وإن اختلفا بعد تعين الضرر فى الرجوع قبل المدينة، فقال: للمدينة بمائتين، وقلت: إلى مكة بمائة، وقد نقدت، وهو فى غير الحج، وأشبه ما قلتماه: نضت المائتان على قول المكرى، فإن وقع لما سار مائة فأكثر، لم يكن للجمال غير المائة؛ لأنه قبضها، فيصدق فى حصتها، ويتحالفان ويتفاسخان، فإن وقع لما سار أقل، ألزم الجمال التمادى إلى ما ينوب المائة، استحبابًا، ويتحالفان ويتفاسخان [فى البقية][1].

[وإن لم ينقده وأشبه ما قال، لزم الأول التمادى إلى المدينة؛ لأنه اعترف أن الكراء إليها، وله حصة ذلك من الكراء على دعوى المكترى، ويتحالفان ويتفاسخان][2] فى البقية، وهو ظاهر قول أبى محمد، وقول غير ابن القاسم فى المدونة.

وعن ابن القاسم: يتحالفان ويتفاسخان بالموضع الذى يدعيان إليه، وله حصة ذلك على دعوى المكترى؛ لأن سلعة الجمال الذى بقى من المسافة بيده، إلا ألا يجد كراء هناك فيلزم التمادى على القولين.

وإن نقده خمسين واختلفا بعد بلوغ المدينة، نضت المائة على دعوى المكترى، فما وقع للمدينة أكثر من خمسين أو أقل، لم تنقص من خمسين، ويتحالفان.

قال صاحب النكت: إنما ينفع النقد المكرى إذا اختلفا فى الكراء والمسافة جميعًا، دون الاختلاف فى الكراء فقط؛ لأنه إذا بلغ المسافة فالمكرى[3] مدعٍ

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: فالكرى.

للزيادة، فعليه البيان. وغير ابن القاسم يفرق بين المضمون فيتفاسخان.

وعند ابن القاسم: لا يتفاسخان حتى يبلغا المدينة التى اتفقا عليها، وشبه المضمون إذا قبض بالمعين، ولو هلكت فى المضمون اتفق القولان فى التفاسخ؛ لعدم الحوز بالهلاك.

فرع: فى الكتاب: إذا قلت: دفعت الكراء وقد بلغت الغاية، صدق، وإن كانت الحمولة بيده أو أسلمها بقرب اليومين؛ لأن القرب يشعر بعدم القبض عادة، فإن بعد صدقت مع يمينك، وكذلك الصناع فى رد المتاع، ودعوى الأجرة.

فرع: فى الكتاب: إذا اكترى من مصر إلى مكة فاختلفا فى الكراء بمكة - صدق المكترى إذا أشبه قوله فى كراء مضمون أو معين.

فرع: فى النوادر: إذا ادعيت أن الأجير مرض شهرًا من السنة، أو أبعد، أو غاب وهو عبدك - صدقت؛ لأنك ائتمنت حيث سلما إليك، وإلا صدق السيد؛ لأن الأصل: عدم الإخلال بالعقد، ويصدق الحر مطلقًا.

قال ابن القاسم: والحر والعبد إن كانا يأويان إليك، وإلا صدقت، فسوى بين الحر والعبد.

فرع: قال ابن يونس: إذا ماتت الدابة فى بعض الطريق، فقلت: اكتريت مضمونًا، وقال: معينًا، صدِّق؛ لأنك تدعى[1] الزيادة.

فرع: فى الكتاب: إذا قال: وصلت الكتاب المستأجر على إيصاله، صدق فى أمد مثله؛ لأنك ائتمنته، وعليك الكراء.

وقال غيره: عليه البينة؛ لأن الأصل: عدم الإيصال.

فرع: فى الكتاب: إذا ثبت أن قميصه كان ملحفة لك، لم يأخذه إلا بقيمة الخياطة، وإلا قضى بما تقدم فى السرقة؛ لأن الأصل: ألا يذهب العمل مجانًا، وكذلك يتيم باع ملحفة، وتداولتها الأملاك فصبغها أحدهم، يترادون الربح بينهم؛ لفساد أصل العقد، ولا شىء على اليتيم من الثمن إلا أن يكون قائمًا بيده؛ لأن المشترى سلطه، واليتيم والذى صبغ شريكان بقيمة الصبغ، وقيمة الملحفة بيضاء؛ صونا للحالين.

---

(١) فى ط: مدعى.

فرع: فى الكتاب: قلع الضرس، فقلت: أمرتك بغيره، فلا شىء عليه؛ لأنك علمت بقلعه، وله الأجرة؛ لتقريرك عمله عند المباشرة، فإن صدقك، فلا أجرة؛ لعدم الإذن.

وقال غيره: هو مدع؛ لأن الأصل: عدم الاستحقاق.

قال اللخمى: موضع الخلاف إذا كانا معتلين حتى يكون كل واحد منهما أتى بما يشبه، فإن كانت الباقية سالمة، صدق الحجام لإتيانه بما يشبه، أو المقلوعة سالمة والباقية معتلة صدقت وحلفت؛ لإمكان غلطك فيها لمشاركتها فى الألم، وتستحق دواء ضرسك، ويقلع الأخرى إلا أن يكون فى الباقية دليل الفساد لسوادها وصفاء الأخرى، فلا يمين عليك.

قال ابن يونس: قوله: لا تكون له أجرة، يريد: وعليه عقل الخطأ، والقصاص فى العمد.

قال سحنون: كلاهما مدع على صاحبه، يتحالفان، وللحجام أجرة مثله ما لم يتجاوز التسمية. وتحالفهما إذا كانت التسمية [فيمين الحجام تزيل الضمان وتوجب [...][1] من الآخر، وتدفع الزائد على أجرة المثل إن كانت التسمية][2] كراء المثل، أو أقل لا يحلف إلا أن ينكر الحجام، فتحلف؛ لتسقط عنه الأجر.

قال صاحب النكت: قيل: إذا تحالفا، برئ الحجام؛ لأنه بائع منافعه.

فرع: قال فى الكتاب: أمرتنى بلت سويقك بعشرة دراهم، وأنكرت أمرك له بذلك - لك غرم ما قال، وأخذه ملتوتًا؛ لإقراره، ولك تغريمه مثل سويقك غير ملتوت، أو تسلمه بغير لت؛ ؛ لأن الأصل: عدم الإذن، وإلا كنتما شريكين فى الطعام.

وقال غيره: إذا امتنعت أن تعطيه ما لته به قضى عليه بمثل سويقك غير ملتوت، لاعترافه بملكية السويق لك، فإن قال: أمرتنى بعشرة، وقلت[3] بخمسة، وبها لتت، صدق مع يمينه إن أشبه أن يكون فيه سمن بعشرة؛ لاعترافك بالإذن وادعائك الضمان عليه، وكذلك الصباغ فى العصفر، فإن أتى بما لا يشبه: صدق رب الثوب،

(١) بياض فى ط.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: وفعلت.

وإن أتيتما بما لا يشبه، فله أجر مثله وللّات مثله.

ولو قلت: كان لى فى السويق لتات متقدم، وفى الثوب صباغ متقدم؛ لأنه أمين، وهذا إذا أسلم إليه السويق أو الثوب، فأما إن لم يغب عليه، صدقت؛ لأنك لم تأتمنه، فهو كالبائع يدعى زيادة الثمن، فإن قال أهل النظر: فيه سمن أو عصفر بعشرة، ولم تدع تقدم سمن فى السويق ولا عصفر فى الثوب، صدق، وإن ادعيت تقدم ذلك، صدقت؛ لأنك لم تأتمنه.

قال صاحب النكت: ولو قلت: أودعته لك، وقال: أمرتنى بلتاته، صدق - عند ابن القاسم - لأنه مدعى عليه يغرم[1] مثل السويق، ويصدق فى الأجر إن أتى بما يشبه، وإلا حلفتما وغرمت قيمة اللتات، فتحلف لتسقط الأجر عنك، ويحلف ليسقط التعدى.

وعلى قول الغير: إن الصانع مدع، يريد: فى الأجر، وتحلف أنت إن كانت القيمة أقل، وتغرم القيمة، وليس لك تضمينه؛ لإقرارك بإيداعه.

قال ابن يونس: قال أبو محمد: يحسن أن يكون معنى قول ابن القاسم: إنه لم يقر بدفعه إيداعًا ولا بصبغه، ففارقه الصانع الذى أقر بإيداعه فيصدق الصانع؛ لأن الغالب الاستصناع، فينبنى[2] على هذا أن يخير بين دفع الأجرة وأخذ السويق، ويحلف: أنه لم يستعمله، فإن حلف، خير الأجير بين دفع مثل السويق، أو إسلامه ملتوتًا.

قال ابن يونس: على تأويل أبى محمد، يكون قول الغير وفاقًا؛ لأنه لابد من يمينك، [ويعطى لك مثل][3] سويقك، فإن دفع إليك ملتوتًا، لم تجبر على أخذه إلا أن تشاء.

قال محمد: وهذا غلط، بل اللّات مصدق، ويحلف إن كان أسلم إليه السويق، فإن نكل، حلف ربه، وأخذ مثل سويقه، وليس له أخذه بعينه [إلا أن يدفع][4] ثمن السمن، أو يرضى الآخر، وهذا - أيضًا - على تأويل أبى محمد، لا يخالفه ابن

---

(١) فى أ: عزم.
(٢) فى ط: فينبغى.
(٣) فى ط: ويقضى لك بمثل.
(٤) فى ط: إلا بدفع.

القاسم؛ لاشتراط محمد إسلامه إليه، فيصير القولان واحدًا.

قال اللخمى: محمل مسألة الكتاب: على أن رب السويق قال: سرق منى، فجعل ابن القاسم الاختلاف شبهة تنفى التعدى، وجعله غيره متعديًا.

قال: وأرى [إن أخذه](١)، ودفع الأجرة: أن يباع ويشترى بثمنه مثل سويقه، فإن بقى مثل الأجرة أو أقل، أمسكه، أو أكثر وقف الفاضل للأجير، ولا يجوز الإمساك، فيكون على قوله سلم سويقاً غير ملتوت ودراهم - وهى الأجرة - بسويق ملتوت، فيكون ربا.

وكذلك ولو حلف صاحبه، ونكل اللات، يباع ويشترى من ثمنه سويقًا، فإن فضل مثل الأجرة، كان له، أو أكثر، وقف الزائد إلا أن يقال: السمن صنعة كالإبزار فى اللحم، والزيت فى الإسفنجة فلا يتعين البيع.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن القاسم: من خدم رجلًا فمات، فطلب الخادم أجر مثله لتلك المدة، وهو ممن يخدمه الرجال، يحلف ما دفع له شيئًا ويأخذ.

فرع: قال صاحب المقدمات: إذا ادعى عليه أنه حرثها بغير علمه وهو فى الإبان، وصدقه، قلع زرعه إن كانت له فيه منفعة، وإلا تركه لرب الأرض، [ولا يجوز لرب الأرض](٢) أخذه بقيمته مقلوعًا؛ كالبنيان؛ لأنه بيع الزرع قبل بدو صلاحه.

وقيل: يجوز؛ لأنه فى أرض مبتاعة، ويدخل فى ضمانه بالعقد فيرتفع الغرر.

قال التونسى: وإن ادعى أنه علم بحرثه، حلف وأخذ أرضه، وحكم الزرع ما تقدم، فإن نكل حلف الآخر، وعليه كراء المثل، وكذلك إن قامت بينة على علمه، فإن ادعى أنه أكراها، صدق صاحب الأرض مع يمينه، وحكم الزرع ما تقدم، فإن نكل، حلف الآخر، وإن كان مدعاه من الكراء لا يشبه؛ لأن رب الأرض مكنه من اليمين بنكوله، وإذا حلف، خير بين الكراء الذى أقربه، وبين أرضه، وحكم الزرع ما تقدم، فإن نكل عن اليمين، أخذ رب الأرض أرضه، وإن قامت بينة أنه حرث بعلمه، ولم يشهد(٣) بالكراء، صدق مع يمينه فى الكراء إذا أتى

(١) فى أ: أن يأخذه.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: يشبه.

بما يشبه؛ لترجح حجته بكونه علم بحرثه، وإن لم يأت بما يشبه، صدق رب الأرض وكان له كراء المثل، فإن نكل، حلف الآخر، وإن أتى بما [لا][1] يشبه: فإن كان أقر بكراء المثل فأكثر، لم يحلف - عند ابن القاسم - وصدق بغير يمين، فإن قام فى غير الإبان، وصدقه على عدم الكراء، فله كراء المثل بغير يمين، ادعى عليه أنه حرثها بعلمه أم لا، فإن ادعى أنه أكراها ولم يدع علمه بالحرث، حلف وأخذ كراء المثل، فإن نكل، حلف الآخر ودفع ما ادعى، وإن ادعى أنه حرثها بعلمه وأكراها، حلف رب الأرض على الوجهين، وأخذ كراء المثل، فإن نكل على الوجهين، حلف الآخر، ودفع ما ادعى، فإن كان الذى أقر به أكثر من كراء المثل، فلا يمين على واحد منهما، فإن نكل رب الأرض عن اليمين على أنه حرث بعلمه، حلف الآخر - عند ابن القاسم - على العقد والعلم بالحرث إن أشبه الكراء، وإلا حلف رب الأرض على عدم العقد، وأخذ كراء المثل.

فرع: قال سحنون: شال ثوبك من البئر وطلب أجرة، فأبيت، فرده فيه - إن أخرجه، وإلا ضمنه؛ لأن فساده - الآن - منه.

وكل من عمل لك عملًا شأنك الإجارة عليه، فله أجرة، وإن كانت غلمانك تعمله، أو أنت فلا شىء له؛ لأنك لم تشهد له عادتك بشىء.

وقيل: إن فعل ذلك متعمدًا، فلا شىء له مطلقًا؛ كالغصب، والغالط يعذر بغلطه.

قال محمد: ولو استأجرته على حرث أرضك، فحرث أرض جارك، وشأنه حرثها بعبيده وبقره، فلا شىء له، وعلى الأجير حرث أرضك؛ توفية بالعقد.

وقال أحمد بن ميسر: له استعمال دواب جار له فى مثل ما عمل؛ لأنه وفرها.

قال ابن القاسم: إن زرع الحرث فعليه ذلك، وإن قال: أردت أكريها، فلا شىء عليه.

فرع[2]: فى الجواهر: كل من غسل ثوب غيره، أو حلق رأسه، أو أدى دينه من غير استدعاء، وكل عمل يوصل للغير نفع مال أو غيره، بأمره أو بغير أمره -، فعليه

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: فائدة.

رد مثل ذلك المال فى القيام بالمال، ودفع أجرة المثل فى العمل إن كان لابد من الاستئجار عليه، أو لابد من إنفاق ذلك المال؛ لحصول الإذن العادى، وإن كان يفعل ذلك بنفسه أو غيره أو مال سقط مثله عنه، فلا شىء عليه، [والقول قول العامل][١] والمنفق فى عدم التبرع؛ لأن الأصل: بقاء الملك على المال [والنفقة وبذلها][٢].

ونقل هذه القاعدة صاحب النوادر، وقد أشار إليها ابن يونس ههنا، و (ش) ينازعنا فيها؛ لأن القول عنده - شرط فى الحمالة، والكفالة، والإجارة، والبيع، ونحن نعتمد على العوائد، فإن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال.

ووافقنا على القاعدة فى تفاصيل الإجارة وتعيين النقود، إذا أطلقت فى العقود، وتقييد الأقارير المطلقة، فنقيس على هذه الصورة، ونمنع اعتبار ما ذكره من التوقف، بل المعهود فى حالة السلف: عدم هذا التضييق.

فرع: فى الجواهر: إذا قال: سرقته، وقال الصانع: استأجرنى عليه:

قال ابن القاسم: يتحالفان، ثم يدفع الصانع قمية المتاع بغير عمل، فإن أبى، كانا شريكين بقيمة المتاع، وقيمة العمل.

وقال غيره: العامل مدع، ولا يشتركان.

فإن صاغ سوارين، وقلت: خلخالان، صدق؛ لأنك تدعى عليه الضمان، وله أجرة المثل، إلا أن يزيد على ما سمى، فلا يزاد؛ لرضاه بالمسمى.

وإذا قال: عملت الخلخال بخمسة، وقلت: بثلاثة، أو: القميص بأربعة، وقلت: بدرهمين - صدق، بخلاف بناء البيت يصدق ربه؛ لأنه حائز[٣] لذلك إلا أن يدعى ما لا يشبه، والصانع حائز لعمله، فيقدم قوله كدعوى الأعيان.

فرع: قال: والقول قول الصانع فى عدم أخذ المتاع للعمل، وقولك فى عدم الرد إذا ثبت الأخذ، عمل بأجر أم لا، قبض ببينة أم لا؛ لقوله - عليه السلام -: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتى تَرُدَّهُ»[٤].

---

(١) فى ط: والقول للعامل.
(٢) فى ط: والشفقة وبذلهما.
(٣) فى ط: جائز.
(٤) فى ط: حتى تؤديه، وفى أ: متى ترده، والحديث: أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦)، فى البيوع: =

وقال عبد الملك: يصدق الصانع فى الرد؛ لأنه أمين، إلا أن يقبض ببينة، فيكون الرد بغيرها على خلاف العادة، فيصدق المالك.

قال صاحب المقدمات: فى الرد مع الإشهاد أربعة أقوال:

يصدق فى القراض، والوديعة، والإجارة - رواية أصبغ.

عكسه قول ابن القاسم:

الفرق بين القراض والوديعة، فلا يصدق، وبين الإجارة، فيصدق.

والفرق بين الوديعة، فلا يصدق، وبينهما، فيصدق، وحيث صدق حلف.

وأما فى الضياع: فلا يحلف إلا المتهم على مذهب ابن القاسم.

وعن مالك: يحلف المتهم وغيره؛ لأنها دعوى توجهت عليه.

ولا يفرق فى الضياع بين القبض ببينة أم لا؛ لأن القبض ببينة إنما أثره حث القابض على الدفع ببينة، وكل موضع لا يصدق فى الضياع لا يصدق فى الرد إلا فى الصناع، فإن عبد الملك يصدقهم فى الرد إلا أن يشهد عليهم بالدفع، وإن كانوا لا يصدقون فى الضياع، وقول مالك وجميع أصحابه: لا يصدقون فيهما، وحيث ضمنا الصانع، فالقيمة يوم القبض، إلا أن يعترف أن قيمته يوم الضياع أكثر، أو يظهر عنده بعد الدفع إليه بمدة، فالقيمة يوم الظهور، وإن كانت أقل من يوم الدفع، وكذلك الرهن والعارية.

فرع: فى الكتاب: إذا قلت: أمرتك بأسود، وقال: بأحمر، صدق إلا أن يكون صبغ مثله؛ لأنه مدعى عليه الضمان.

وقال ابن يونس: إذا صدق رب المتاع، خير بين أخذه مصبوغًا ودفع أجره، وبين

= باب فى تضمين العارية (٣٥٦١)، والترميذى (٣/٥٦٦)، فى البيوع: باب ما جاء فى أن العارية مؤداة (١٢٦٦)، وقال حسن صحيح وابن ماجه (٢/ ٨٠٢)، فى الصدقات: باب العارية (٢٤٠٠)، وأحمد فى المسند (٥/٨)، والدارمى فى السنن (٢/ ٢٦٤)، فى البيوع: باب فى العارية مؤداة والحاكم فى المستدرك (٢/ ٤٧)، فى البيوع: باب لا يجوز لامرأة فى مالها وقال صحيح الإسناد على شرط البخارى وأقره الذهبى وأخرجه البيهقى (٦/ ٩٠)، فى العارية: باب العارية مضمونة، والطبرانى فى الكبير (٧/ ٢٥٢)، وابن أبى شيبة (٦/ ١٤٦)، وابن الجارود فى المنتقى (١٠٢٤)، وقال الحاكم فى تحريمه له صحيح على شرط البخارى ونازعه ابن دقيق العيد ورده ابن حزم بأن قال الحسن لم يسمع من سمرة وهو أحد مذاهب ثلاثة فيه ورأى البخارى وجماعة أنه سمع منه مطلقًا.

إسلامه له وأخذ قيمة ثوبه أبيض، إلا أن يريد الصباغ إسلام صبغه بغير ثمن فذلك له، فإن أبى، أشرك بينهما بقيمة الثوب أبيض وقيمة الصبغ.

قال صاحب النوادر: الاختلاف فى الصبغ مثله فى الحائك إذا اختلفتما فى العرض والطول، بخلاف البناء يبنى لك عرضه، يتحالفان ويفسخ ذلك ويقلع بنيانه، إلا أن يعطى قيمته مقلوعًا.

والفرق: أن البناء غير ضامن لعمله بخلاف الصابغ.

قال محمد: والتحالف والتفاسخ قبل العمل فى جملة الصناع، وإنما يصدقون بعد العمل، ولا يصدق البناء فى الأجرة بخلاف غيره.

فرع: فى الكتاب: إذا قلت: أكريتك بدينار، وقال: بثوب، تحالفتما وتفاسختما؛ كالبيع، وكذلك لو اختلفتما بعد سكنى أكثر المدة. وتبدأ أنت باليمين؛ لأنك بائع المنفعة، كما يبدأ البائع، ولك فيما مضى من السكنى أجرة المثل، وكذلك لو قلت: بدينار، وقال: بعشرة دراهم، وأتيتما بما يشبه.

قال صاحب التنبيهات: تعقبت هذه المسألة، فإن اختلاف الدنانير والدراهم اختلاف فى جنس، فيتحالفان ويتفاسخان، أتيا بما يشبه أم لا، وأسقط أكثرهم لفظة الدراهم، منهم ابن أبى زيد، وروى عشرة [دنانير][1] وأراها إصلاحًا.

قال صاحب المقدمات: التحالف فى الإجارات كالتحالف فى البيوع، فإذا حلفا جميعًا، فهل يفسخ [فى الكراء والبيع بمجرد التحالف؟

قال سحنون: وهو ظاهر الكتاب فى الشفعة من المدونة.

أو لا يقع بذلك؟ وهو قول ابن القاسم فى السلم][2] منها.

أو يقع إن كان يحكم؟ وإلا فتراضيهما.

أو لا يقع حتى يحكم، به الحاكم إن كان التحالف بحكم حاكم، وإلا فبمجرد أيمانهما؛ لأن الرضا بالتحالف رضا بالفسخ، أربعة أقوال.

ونكولهما كحلفهما - عند ابن القاسم -؛ لأنهما سببان من جهتهما.

وعند ابن حبيب: القول قول البائع؛ لأن يده أقوى، والنكول أضعف من اليمين،

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: عن المسلم.

هذا إذا اختلفا في جملة المسافة، أو نوع الكراء، فإن اختلفا في عدد الكراء أو صفته بعد سير في الرجوع بعده ضرر، صدق المكترى، نقد أم لا، أشبه ما قال أم لا، فإن نكل، فقول المكرى، أشبه أم لا، فإن لم يشبه ما قال المكترى وأشبه ما قال المكرى، صدق، وإن ادعيا ما لا يشبه، تحالفا ووجب كراء المثل، ولم يفسخ؛ نفيًا للضرر، وكذلك إن نكلا جميعًا، فإن نكل أحدهما، قدم الحالف مع يمينه، وإن اختلفا في غاية السير بعد السير الكثير، وادعيا ما يشبه، أو المكترى دون المكرى تحالفا، وفسخ الكراء في الزائد[1] المختلف فيه، وفض الكراء على الجميع، فللمكرى حصة الغاية المتفق عليها، وكذلك نكولهما. وإن ادعيا ما لا يشبه، تحالفا، وتفاسخا الزائد، وللمكرى[2] في المسافة المتفق عليها كراء المثل، وكذلك إن نكلا، فإن نكل أحدهما، قدم الحالف، وإن ادعى ما لا يشبه؛ لأنه مكنه من اليمين، فإن ادعى المكرى ما يشبه دون المكترى، صدق مع يمينه، فإن نكل، حلف الآخر، وركب إلى حيث ادعَى.

هذا إذا لم ينقد، [فإن نقد][3] وادعيا ما لا يشبه، تحالفا، وتفاسخا في الزائد، وفي المتفق عليه كراء المثل، وكذلك نكولهما، فإن أشبه قول المكترى وحده، تحالفا – عند ابن القاسم – [و] فض المنقود على المسافتين، وللكراء ما ناب المتفق عليها، وصرف الباقي للمكترى، وكذلك إن نكلا، فإن نكل أحدهما، قدم غير الناكل.

فرع: قال ابن يونس: إذا اختلفا في كثرة الكراء، يتحالفان ويتفاسخان، وعليه ما سكن بحساب ما أقر به الساكن، قاله ابن القاسم، وهو خلاف قوله في المدونة، بل فيما سكن: كراء المثل للتفاسخ؛ وقاله (ش)، وأحمد.

وقال (ح): يصدق الأجير بعد العمل فيما بينه وبين أجرة المثل.

لنا: القياس على اختلافها في ثمن المبيع[4] بعد التلف.

---

(١) في أ: الدابة.
(٢) في ط: المكرى.
(٣) سقط في ط.
(٤) في ط: البيع.

ولو نقد دينارًا، وقال: هو كراء السنة، وقلت أنت: كراؤها ديناران، وقد سكن نصف المدة - تحالفتما وتفاسختما، ويقسم الدينار على السنة، ويرد الباقى، ويصدق فيما مضى مع يمينه [؛ لأنه قبض][(١)].

ولو انقضت السنة صدق؛ لأنه قبضها، فهو مدعى عليه كراء المثل، ولو تحالفا وتفاسخا، وقد نقد كراء نصف السنة، والدار تنقسم بغير ضرر فى السكنى - أخذ نصفها بالنصف الذى انتقده، فإن كان عليه ضرر، فسخ ما لم يسكن، ويقسم ما انتقد على قول رب الدار، وما لم ينقد على قول الساكن.

قال اللخمى: فإن قلت: مشاهرة، وقال: مسانهة: صدق من شهدت له العادة، فإن اختلفت، صدقت؛ لأنه أقر بالمعاوضة.

فرع: فى الكتاب: إن ادعى أنه سكن بغير كراء، صدقت فيما يشبه مع يمينك؛ لأن الأصل: عدم التبرع.

وقال غيره: عليه الأقل من دعواك، أو كراء المثل بعد التحالف.

قال اللخمى: إن كان على الهبة قرائن، صدق مدعيها مع يمينه، وإن أشكل الأمر، صدقت، وتصدق على المسمى، فإن تقدم ما يقتضى الهبة من قرابة أو صداقة: إن ادعيت ما يشبه، تحلف وحدك - عند ابن القاسم؛ لأنه اعترف بالكراء، وتتم التسمية.

وعلى قول غيره: يحلف هو وحده: أنه لم يكتر بما قلت، ويغرم كراء المثل.

فإن ادعيت ما لا يشبه، حلف هو على القولين، وغرم كراء المثل، وإن وجدت شبهه تقتضى سكناه باطلًا، وادعيت كراء المثل فأقل، حلفت وحدك، وأخذت ما ادعيت، أو أكثر، ويشبه الكراء به، حلفتما جميعًا وغرم كراء المثل، وإن طالت السنون بغير أجرة، وخرج من المسكن، وطالت السنون بغير طلب، سقطت دعواك.

فرع: فى الكتاب: ما ادعى أنه جدده، صدقت فى تكذيبه؛ لأنه خلاف الأصل، ويصدق هو فيما هو ملقى فى الأرض من باب وغيره؛ لأن الأصل: عدم دخوله فى ملكك ويده عليه ظاهرة فى الملك.

---

(١) سقط فى ط.

قال اللخمى: الأمر كذلك فى الفصلين ما لم تدل قرائن على خلاف ذلك، فتتبع القرائن.

فرع: فى الكتاب: إذا أذنت فى العمارة من الكراء، فزعم أنه عمر وأكذبته، صدق؛ لأنه أمين إن تبين العمل بقرائن الأحوال، وإن تبين كذبه، لم يصدق.

وقال غيره: عليه البينة؛ لأن الأجرة دين عليه، فعليه البينة.

قاعدة: المدَّعِى: كل من خالف قوله أصلًا أو عرفًا.

والمدَّعَى عليه: كل من وافق قوله عرفًا أو أصلًا.

فالأصل: براءة الذمم من الحقوق، وبقاء ما كان على ما كان، وألا يخون من جعل أمينًا.

والعرف: نحو القبض بالبينة[1]؛ فإن العادة: أن من شدد عليه بالإشهاد أنه لا يرد إلا بالإشهاد، لاستيحاش باطنه، فإذا ادعى الرد بغير بينة، فدعواه على خلاف العادة، وكذلك القرائن العادية إذا خولفت.

فعلى هذه القاعدة تتخرج الفروع المتقدمة، ويتعين المدعى عليه، وإلا فليس كل طالب مدعيا[2] ولا كل مطلوب مدعى عليه، بل ربما انعكس الحال؛ لأجل ما تقدم من القاعدة.

فرع: فى الكتاب: وكلته [يؤجر لك][3] دارك، فأجرها بمحاباة، أو وهب سكناها، وفاتت بالسكنى وهو ملىء - غرم الكراء، ولم يرجع به على الساكن؛ لأنه وهبه للساكن، أو فقير، أغرم الساكن؛ لاستيفائه المنفعة، ولا يرجع على الوكيل.

فرع: قال: لك أمره بنقض ما جدده من غير الكراء بأمرك وبغير أمرك؛ لأنك تقول: أمرتك أن تفعل لنفسك، ولك دفع قيمته منقوضًا إن كانت له قيمة بعد النقض، وإلا فلا.

فرع: قال ابن يونس: قال مالك: تصدق بعد المدة فى عدم قبض الأجرة مع يمينك إلا أن تقوم بعد طول ذلك، فيصدق مع يمينه، سواء خرج من الدار أو أقام؛ لأن قرينة الطول تصدقه.

---

(١) فى ط: بابينة.
(٢) فى أ: مدع.
(٣) فى ط: يؤجرك.

قال ابن حبيب: ويصدق فى كراء المشاهرة والمسانهة فى دفع أجرة ما مضى من الشهور، إلا فى الشهر الأخير والسنة الأخيرة، إلا أن يتطاول فيصدق فى الجميع؛ لأن العادة القبض بالقرب، والطول: الشهر فى الشهور، والسنة فى السنين، فلو أكريته عشر سنين فى جملة صدقت فى جملة كرائها بعد المدة بقربها مع يمينك؛ لأنها فى معنى السنة الواحدة.

فرع: فى الكتاب: إذا قلت: سنتين بدينار، وقال: بأقل، وهو بحضرة الكراء - تحالفتما وتفاسختما؛ لتقابل الدعاوى، فإن كان زرع سنة ولم ينقد، فلك ما أقر به فيما مضى إن أشبه، مع يمينه؛ لأنه غارم، وإلا فعليه، قولك: إن أشبه مع يمينك، وإلا فلك كراء المثل؛ لخروج دعواكما عما يشبه، ويفسخ الثانى على كل حال، وهذا إذا لم ينقد.

قال مالك: ورب الدار والدابة والأرض مصدق فى الغاية فيما يشبه، وإن لم ينقد.

وقال غيره: ذلك إذا انتقد، فإن لم يأت بما يشبه وأتى المكترى بما يشبه صدق فيما سكن على ما أقر به بغير يمينه على ما ادعى عليه، ويمين المكترى فيما ادعى عليه من طول المدة إن لم يشبه؛ قول واحد منهما، تحالفا وفسخ الكراء، وعلى المكترى كراء ما سكن، فإن أتيا بما يشبه، صدق رب الدار مع يمينه؛ لأنه انتقد، ولم يسكن المكترى إلا ما أقر به المكرى.

قال ابن يونس: قول الغير موافق لقول ابن القاسم، إلا أن قوله: إذا أشبه قوله وأشبه ما قالاه أن المكترى يلزمه إن سكن ما أقر به المكرى؛ لأن ابن القاسم يقول: يتحالفان ويتفاسخان فى بقية المدة؛ كسلعة قائمة لم تقبض، وفيها ثلاثة أقوال:

يتحالفان ويتفاسخان فى بقية المدة فى الدار وغيرها.

يلزمه التمادى إلى الغاية التى أقر بها المكرى، وهو قول الغير.

ويلزمه التمادى فى الدواب، إن سار كثيرًا، ويتفاسخان فى الدور. قاله محمد، وهو استحسان.

وقيل: يتحالفان ويتفاسخان - على قول ابن القاسم - نقد أم لا؛ لأنه لم يجعل النقد فوتًا، وعلى مذهب من يجعله فوتًا، وأشبه ما قال المكرى، والأرض لا ضرر

فى قسمتها على المكترى، دفع رب الأرض نصفها يزرعها سنة؛ لأنه يصدق فيما حاز من النقد نصف ما ادعى، فيدفع نصف الأرض فيها، وإن كان عليه ضرر، تحالفا وتفاسخا، ولم يكن النقد فوتًا؛ لضرر الشركة، وإن اتفقا فى الأجرة دون المدة:

فعلى قول ابن القاسم: يتحالفان ويتفاسخان، وينبنى على ما فى كتاب السلم إذا طال انتفاع المكترى بالنقد: أنه فوت، ويصدق المكرى ويسكن المكترى ما قاله المكرى.

فرع: فى الكتاب: إذا قال: أكريتها، وأنكرت العقد، صدقت؛ لأن الأصل عدمه، إلا أن تعلم حين الزرع ولم تنكر، فليس لك إلا ما أقر به، قام على ذلك بينة أو حلفت فنكلت، إلا أن تأتى بما يشبه.

قال غيره: لك الأكثر من كراء المثل، أو ما أقر به؛ لاستيفائه المنفعة وإقراره، علمت به أم لا، بعد يمينه على دعوى المكترى إن كان كراء المثل أكثر.

قال ابن القاسم: وإن لم يعلم ومضى إبان الزراعة، فلك كراء المثل ولا يقلعه؛ لعدم تعين التعدى، وإن لم يفت الإبان ولم تقم بينة بعلمك بالزراعة وعدم الإنكار، ولا أنه أكرى، وحلفت على ذلك، وخيرت بين ما أقر به: قال غيره: أو كراء المثل، قالا: فإن أتى بما لا يشبه فلك قلع زرعه، وإذا لم يكن له فيه نفع بعد القلع، لم يكن له قلعه؛ لأنه فساد لغير فائدة، وبقى لك إلا أن تأباه، فتأمره بقلعه.

قال ابن يونس: قال محمد: قول الغير: أو كراء المثل، خلاف لابن القاسم، وإذا حلفت: أنك لم تأذن، وجب قلع الزرع، ولا تأخذه بقيمته مقلوعًا؛ خيفة بيعه قبل بدو صلاحه، ولو رضى بالكراء وبقاء الزرع، جاز أن لو قلع انتفع به الزارع، وإلا امتنع رضاه؛ لأن الحكم يوجب بقاءه له، فيكون بائعًا للزرع قبل بدو صلاحه على البقاء، وكذلك المغصوب منه.

فرع: قال ابن يونس: قال سحنون: الأجرة فى حراسة الأعدال والمقاثى والكروم على عدد الرجال دون عدد الأعدال والمساحات؛ لأن تعب الحارس فى القليل كتعبه فى الكثير، بخلاف ثمرة الكروم والمقاثى، فإنها على العمل، وأجازه أشهب.

وهو فاسد عند ابن القاسم، كجمع الرجلين السلعتين فلا تعرف الأجرة ههنا،

والثمن ثمنه إلا بعد التقويم.

نظائر: تعتبر الرءوس دون السهام فى تسع مسائل.

قال أبو عمران: أجرة القاسم، وكنس المراحيض، وحراسة الأعدال وبيوت الغلات، وإجارة السقى على المشهور، وحراسة الدابة، والصيد لا يعتبر فيه كثرة الكلاب.

وعند (ش): أجرة القاسم على الأنصباء.

وزاد العبدى: كنس السواقى، وتقدم لابن يونس: حراسة المقاثى.

قال أبو عمران وثلاث لا تعتبر فيها الرءوس، بل السهام:

الشفعة، وفطرة العبد المشترك، والتقويم فى العتق.

فرع: قال ابن يونس: إذا ركب فى كراء فاسد، أو سكن، فعليه كراء المثل. [وكذلك الأرض، وإن لم يقبض، فلا شىء عليه، قاله فى الكتاب][1] وقاله (ش).

وقال (ح): إن لم ينتفع فلا شىء عليه، وإن انتفع، فالأقل من المسمى وأجرة المثل.

لنا: أن المنافع كالأعيان، فلو قبض المبيع بيعًا فاسدًا ففات عنده، وجبت القيمة، فكذلك ههنا، وهو يقول: المنافع لا تقبض إلا بالاستيفاء، وغير المقبوض فى الفاسد لا شىء فيه، ونحن نقول: قبض الرقبة نزله الشرع منزلة قبض المنفعة، وكذلك لو قبض الدابة أو الدار، ولم يحمل، ولم يسكن حتى انقضت المدة؛ لأنه فوت، وعليه كراؤها مستعملة، وقيل: معطلة، كمن حبسها بعد المدة، عند ابن القاسم.

قال: والفرق: أن الحبس بعد المدة مستند إلى العقد الأول.

وفى النوادر: قال ابن حبيب: إذا أكراها كراء فاسدًا فحرثها وكربها[2]، وقطع الشعراء عنها، فذلك فوت لتلك السنة.

فرع: فى الكتاب: إذا دخلت بامرأة فى دار قد أكرتها، فلا كراء عليك فى المسكن إلا أن تقول: إما أديت أو خرجت؛ كملكها[3].

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: كربها.

وقال غيره: عليه الأقل من كراء مثله، أو ما أكرت به.

قال ابن يونس: وقيل: الأقل من كراء مثل الدار، ومثل ما ينبغى أن يكون على مثله لمثلها، أو ما اكترت به.

وعن ابن القاسم: إذا ادعيت الدخول فى دارها، أو دار اكترتها وسكتت عن الكراء، لا يلزمك شىء؛ لأنها باذلة للمنفعة من دارها، وإلا لزمك كراء الدار.

وفى الكتاب: العدة إذا كانت المعتدة فى دار بالكراء فطالبته بعد انقضاء العدة بالكراء: إن كان موسرًا حين سكتت، فلها.

قال ابن أبى زمنين: معنى هذه المسألة: أنها اكترت بعد ما بينت أنها تسكن بالكراء، وإلا تناقض قوله.

وقيل: لو كانت الدار لها لكان لها القيام بعد العدة؛ لأنها إنما وهبت الماضى، وليست كالأمة لا يجب لها السكن قبل الطلاق إذا طلقت وأعتقت، وزوجها حر؛ لأنها لم تكن واجبة قبل ذلك؛ لأن الأمة لا يجب لها السكنى بالأصالة، فلا يوجبها الطلاق، بخلاف الحرة.

والفرق بين مسألة العدة: أن الطلاق حدد وجوب السكنى، وبين هذه المسألة: أنها زوجة.

قال اللخمى: مسألة الإجارة مشكلة إذا لم ينقد؛ لأنها تقول: أسكنته لينقد.

قال: وأرى أن تحلف، وحيث قلنا: لا شىء عليه فى ذات العصمة، فإذا زالت زالت المكارمة، وطالبته بكراء العدة، وإذا كان سكناها فى مسكن أبيها وأمها، لا شىء عليه فى مدة العصمة؛ لأنه العادة، وفى الأخ والعم إشكال، فيحلف ويستحق، إلا أن يطول السكن، وهو ساكت، فلا شىء له.

فرع: فى الكتاب: إذا فلس فأنت أحق ببقية السكنى إلا أن يدفع الغرماء حصته من الكراء، ويخير بين ذلك [وبين المحاصصة](1) قال ابن يونس: قال محمد: لو أكراها ست سنين ونقد ثلاث وسكن النصف، قسطت الثلاثة على السنة، وترد حصة ما لم يسكن إن رد السكنى، وإلا حاصصهم بما بقى له مما سكن، وهو نصف

---

(١) فى ط: أكملها.

(٢) فى أ: أو المحاصة.

المنقود، إلا أن يعطيه الغرماء حصة بقية السنة، وبقية النقد، ويأخذ بقية السكنى.

قال اللخمى: ولو دفع أحد الغرماء ذلك من ماله فهو أحق بما يباع [به] ذلك من السكنى حتى يستوفى ما دفع.

وفى الكتاب: إذا فلست، فالجمال أولى بالمتاع حتى يقبض كراءه؛ لأنه كالرهن فى القبض، وللغرماء كراء الإبل فى مثل كرائك، سرت قليلًا أو كثيرًا، ركبت أم لا، وقد قبض المتاع، وكذلك الصناع.

قال ابن يونس: فإن لم يقبض المتاع لم يكن للغرماء كراء الإبل إذا دفعت الكراء، [وإلا أجبر][1] الجمال فى فسخ الكراء [ومحاصصتهم كالصناع، فإن فلس الجمال وقد قبضت الإبل، فأنت أحق وإن لم تقبض شيئًا فى غير المعينة، فأنت أسوة الغرماء تحاصص بقيمة كرائك يوم الحصاص][2] ولا على ما أكريت.

قال محمد: وسواء نقدت أم لا، غير أنك إذا نقدت ابتعته ببقية الحمولة بعد الحصاص، إن حصل لك نصف الكراء اتبعته بالنصف.

فرع: فى الكتاب: إذا اكتراها ثلاث سنين فانهارت[3] بئرها بعد أن زرعها سنة - قومت تلك السنة بقدر الرعية[4] فيها، وكذلك الدار فى الهدم لا يحسب على عدد الشهور.

فرع: قال ابن يونس: إذا سكن بعد انقضاء المدة، فهل عليه كراء المثل فى الزائد؟ واختاره ابن القاسم، أو مثل الكراء الأول؟ قولان.

وقال عبد الملك: إن كنت عالمًا وتركته يسكن ويزرع، فبحساب الأول؛ لأنك رضيت به، وإلا فالأكثر من الكراء الأول، أو القيمة.

فرع: قال صاحب النوادر: إذا سكن زائدًا على المدة:

قال عبد الملك: ما كان لربه مرجعه وغلقه وفتحه كالحانوت والدار، ففى الزائد بحساب الكراء الأول، وما كان يبقى بعد المدة فضاء بغير جدار، فكراء المثل إلا أن يكون أقل من المسمى، فلا ينقص لرضاه به.

---

(١) فى أ: وللأجير.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: فهارت.
(٤) فى ط: الرغبة.

فرع: قال: قال ابن القاسم: تمنع الإقالة فى كراء الدور بعد النقد وسكنى بعض المدة، بخلاف الإقالة فى الحمولة بعد بعض الطريق؛ لأنهما لا يتهمان على الحمولة فى البيع والسلف، بخلاف الدور.

وقال التونسى: إذا غاب فى الحمولة على النقد، جاز أن يحسب من الذى [نقد][1] فى الإقالة، ويمتنع دفع دراهم وما وجب له من الحمولة، أو يأخذ دنانير، فإن سار من الطريق ما ينفى التهمة جازت الزيادة منه إذا نقدها؛ لئلا يكون دينا فى دين، ولا تجوز الزيادة بعد الغيبة على النقد؛ لئلا يكون سلفا بزيادة، ويجوز قبل النقد زيادة الدراهم والدنانير والعروض نقدًا؛ لأنه اشترى الركوب الذى وجب للمكترى بالدنانير التى وجبت له وبالزيادة، وتمنع إلى أجل؛ لأن المنافع دين عليه للمكترى فيفسخها فى دين إلى أجل، فإن زاد المكترى دنانير أو عروضًا نقدًا، جاز؛ لأن عليه حمولة أعطى بعضها دنانير، وبقيتها الزيادة، ويمتنع تأخير الزيادة؛ لأنه أعطى [ببعض][2] ما عليه نقدًا بحمولة على أن يؤخر ببقية ما عليه، فهو بيع وسلف، وفسخ دين فى دين، إن أعطى عروضًا إلى أجل أو نقد الكراء ولم يغب عليه، فزاد رب الدابة دنانير مع دنانيره أو عروضًا، جاز؛ لأنه اشترى الحمولة بجميع ذلك، وتمتنع زيادته إلى أجل، وأما الكراء المعين إذا زاد المكرى ففى جوازه قولان؛ لعدم تعلقه بالذمة، فيجوز، أو يشبه بالمضمون لما كان فى ضمان المكرى.

قال صاحب المقدمات: الإقالة فى المضمون كالإقالة فى العروض المسلم فيها، تفسد، إما لاشتمالها على ما لا يجوز، أو بضمها إلى الصفقة الأولى، فيتهمان.

والإقالة فى المعين:

قيل: كالسلم الثابت فى الذمة، يعتبر فيه الوجهان المتقدمان.

وقيل: كالإقالة من العروض المعينة لا يعتبر فيها؛ لانعقادها فى نفسها على المحرم.

فإن استقال المكرى فى المضمون قبل النقد بزيادة مؤجلة، امتنع اتفاقًا؛ لأنه تحول مما وجب له على المكترى إلى الركوب الذى عليه، وإلى الزيادة المؤجلة،

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى أ.

فهو فسخ دين فى دين إن كانت الزيادة عروضًا، وإن كانت دنانير، دخله عرض وذهب بذهب إلى أجل، وإن كانت دراهم دخله الصرف المستأخر، فإن كانت الزيادة دراهم معجلة، والكراء دنانير، امتنع على - مذهب ابن القاسم - إلا أن يكون أقل من صرف دينار.

وقيل: يجوز أكثر من صرف دينار، وهو على جواز جمع البيع والصرف.

وقيل: يمتنع وإن كان أقل من صرف دينار.

وقال ابن كنانة: تمتنع الإقالة فى المضمون - مطلقًا - قبل النقد، كالإقالة من السلعة الغائبة قبل النقد، وإن استقاله بزيادة بعد النقد بعد أن تغيب عليه، والزيادة دراهم، فالثلاثة[1] الأقوال المتقدمة، أو عروضًا، جاز التعجيل والتأجيل؛ لأن المكترى باع الركوب الذى وجب له، والعروض بالكراء الذى يسترجعه، وإن استقال المكترى بزيادة ولم ينقد، أو نقد ولم يغب على النقد، فذلك جائز فى الزيادة المعجلة، دنانير أو دراهم أو عروضًا؛ لأن المكترى باع الركوب بالزيادة المعجلة والكراء المسترجع، فلا مكروه مع النقد حينئذ، وتمتنع استقالة المكرى بعد النقد والغيبة عليه بزيادة كيف كانت؛ خشية السلف بزيادة، إلا أن يسير من الطريق ما يرفع التهمة، فيجوز فى الزيادة المعجلة.

فهذا تقدير اثنتى عشرة مسألة فى إقالة المكرى.

وهى: أن الزيادة إما قبل النقد أو بعده، وبعده: إما قبل الغيبة عليه أو بعدها، ثم هى إما ذهب أو ورق أو عروض، وإما معجلة أم لا.

وكذلك مسائل المكترى: اثنتا عشرة على هذا التقدير، كلها فى الكراء المضمون.

وفى المعين أربع وعشرون مسألة - أيضًا - على ما تقدم.

فإن استقال المكرى بزيادة نقدًا عرضًا، جاز، ويمتنع المؤجل، وتمتنع الزيادة ذهبًا، والكراء ذهبًا، إلا إلى محل أجل الكراء على المقاصة، وتمتنع نقدًا؛ لأنه «ضع وتعجل»، وإلى أجل الكراء، امتنع أيضًا، وزيادة الدراهم تمتنع مطلقًا؛ لأنه صرف مستأخر على مذهب ابن القاسم؛ لأنه يرى انحلال الذمم بخلاف انعقادها.

---

(١) فى ط: بالثلاثة.

وعلى مذهب أشهب الذى يرى انحلال الذمم كانعقادها غير أنه يجوز التحول من الدين فى كراء شيء بعينه، وعلى من يرى[1] رأى أشهب، ويمتنع التحول من الدين فى الركوب فيمتنع؛ لأن المكرى تحول من الكراء الواجب له على المكترى فى ركوب لا ينتجز قبضه، فهو فسخ الدين فى الدين، وإن استقال بزيادة عرض معجل، جاز وإلا امتنع؛ لأنه فسخ دين فى دين، وكذلك الذهب.

ويلاحظ ههنا التخريج على المذاهب الثلاثة المتقدمة، هذا إذا كان الكراء مؤجلًا، فإن كان نقدًا بشرط أو عرف، فإما أن ينقد أم لا، وإذا نقد: فإما أن يغاب عليه أم لا، وتقسم هذه الأربعة إلى الأربعة وعشرين مسألة المتقدمة فى المضمون، ثمت فى المضمون يفسخ الكراء فى زيادة مؤجلة [يزيدها المكترى ههنا، وما امتنع يفسخ الركوب المضمون... من المكرى...][2] امتنع فى المعينة فتتخرج هذه على تلك.

والإقالة فى الدور كالرواحل المعينة إلا فى مسألة واحدة، وهى أن مضى بعض المدة لا أثر له بخلاف سير بعض المسافة، لضعف التهمة فى المسافة؛ والإقالة فى الأرضين كالدور إلا أن تكون غير مأمونة، فإن الزيادة من المكرى فى الموضع الذى تصح فيه الإقالة، على أن الزيادة منه لم يجز أن تنتقد الزيادة، وتكون موقوفة لاحتمال عدم الرى فيسفخ الكراء.

فرع: فى الكتاب: إذا اكتراها عشر سنين، ليزرعها فغرسها شجرًا، امتنع، إن كان أضر بها، وإلا جاز، فإن انقضت المدة وفيها الشجر، جاز كراؤها سنين أخرى؛ ليبقى[3] الشجر، وكذلك لو كان الشجر لمن أكراه المكترى، فإن أرضاك الغارس، وإلا قلع غرسه.

وقال غيره: لا ينبغى ذلك حتى يتعامل الغارس ورب الأرض، ثم يكرى أرضه - إن شاء - إلا أن يكرى على أن يقلع عنك الشجر.

قال ابن القاسم: لو كان الباقى زرعًا أخضر، لم يكن له كراء أرضه ما دام زرعك

---

(١) فى أ: يراعى.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: لسقى.

فيها؛ لأن الزرع إذا انقضت إجارته لم يكن له قلعه؛ لأن له نماءه[١] بخلاف الشجر.

قال ابن يونس: له أن يزرع فى الأرض ما أكرى له فأدنى، لملك المنفعة، دون الأعلى؛ لعدم تناول العقد له، فلو رضى ربها بذلك: فهل يؤثر رضاه ويمتنع؟ كمن أكرى إلى طريق فأراد سلوك خلافها؛ لأنه فسخ الدين فى الدين؟ فى ذلك نظر، ومنع الغير [كراء][٢] الفارس الثانى إلا من الأول؛ لأن لرب الأرض دفع [قيمة الغرس قضاء عن غرسه مقلوعًا][٣] فإذا اكترى من الأول قبل محاكمة ربها فكأنه أكراه على أن يأخذ قيمة الغرس قضاء عن رب الأرض، ثم يعطيه رب الأرض إذا انقضى الكرى، فكأنه سلف أسلفه إياه على أن يكريه، وهذا يقتضى منع كراء الأول إن كان الغرس له قبل المحاكمة فى الغرس.

فرع: فى الكتاب: إذا انقضت السنون وفيها زرع لم يبد صلاحه، حرم على رب الأرض شراؤه؛ لنهيه - عليه السلام - عن بيع السنبل حتى يبيض، وإنما يجوز مع الأرض فى صفقة، وكذلك الأصول بثمرها.

قال ابن يونس: قيل: يجوز؛ لأن الزرع - حينئذ - من ضمان رب الأرض، وإنما ورد النهى حيث هو من البائع.

فرع: فى الكتاب: تمتنع مصالحتك رب الأرض على الشجر بعد انقضاء المدة بنصفها عشر سنين؛ لأن الأجرة معين يتأخر قبضه عشر سنين.

ولو قيل: له الآن نصفها، جاز، ومنع غيره؛ لأنه فسخ دين فى دين؛ لأنه كان له إعطاء قيمته مقلوعًا، فأخذ نصف الشجر عن القيمة.

فرع: فى الكتاب: يجوز: كل سنة بكذا، وإن لم يسم عددا، ولكلٍ واحد الترك إلا أن يزرع، فتلزمها تلك السنة خاصة، ووافقنا (ح)، وأحمد، ومنع (ش)؛ للجهالة بالنهاية.

لنا: أن الأجرة مقسطة على المنفعة، فكلما انقضى جزء من المنفعة استحق مثله من الأجرة، فلا غرر، وليس له قلع الزرع ودفع حصة ما مضى؛ لأنه لما زرع رضى بذلك.

---

(١) فى ط: غاية.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: قيمة غرسه مقلوعًا.

فرع: فى الكتاب: إذا اكتراها سنة فحصد زرعه، فهى سنة أرض المطر لا يزاد على الحصاد، وسنة السقى سنة فرقت بينهما العادة، فإن تمت وفيها زرع صغير، فعلى رب الأرض بقاؤه إلى تمامه بكراء مثله على سنة[١] الكراء الأول.

قال غيره: إن بقى بعد الحصاد ما لا يتم فيه زرع، لا يزرع، فإن فعل، فعليه الأكثر من الكراء الأول؛ لأنه رضى به، أو كراء المثل؛ لأنه استوفى المنفعة بغير عقد.

وقال (ش)، وأحمد: يجب كراء المثل إن بقى الزرع بغير تقصير، وإلا فله قلعه[٢] للتعدى.

قال صاحب النكت: معنى كراء المثل على سنة[٣] الكراء الأول: أن يقال: كم كراؤها فى السنة الثانية؟ فإن كان أمد البقاء الربع، فله ربع المسمى.

قال ابن يونس: يقوم كراء الزيادة، فإن كانت ربع السنة، ضم لكراء السنة؛ كما لو تعطل من السنة بعضها بغرق فشبهت الزيادة بالنقص، ولما دخل رب الأرض على توقع تأخير الزرع وتقديمه لحر الأرض وبردها، لم يجعل ابن القاسم الزارع متعديًا، ولذلك اعتبر الكراء الأول.

وعلى قول الغير: لو علم به رب الأرض لما زرع ما لا يحصد فى بقية السنة، فله بحساب الكراء الأول؛ لأنه رضى بذلك، وقال الغير: فى الدابة يكتريها مدة فيتجاوزها.

قال ابن حبيب: إذا لم يبق إلا نحو الشهرين، وما لا ينتفع به فى الزرع، امتنع إحداث الزرع [إلا بالإجارة، ولا يحط شىء، وربها أحق بها، ولا يمنعه؛ لأنه مضار بالمنع.

فإن جدد زرعًا عالمًا ببقائه المدة الكثيرة، خيرت بين إفساد زرعه؛ لأنه متعد، وإقراره بالأكثر من كراء المثل؛ لأنه متعد، أو الكراء المتقدم.

فرع: فى الكتاب: إذا أكريت أرضك بدنانير مؤجلة فحلت، فلا تأخذ بها طعامًا

(١) فى ط: نسبة.
(٢) فى ط: فلعله.
(٣) فى ط: نسبة.

إلا ما يجوز أن يبتدأ كراء الأرض به؛ سدًا للذريعة.

فرع: قال: يجوز الكراء بالخيار لأحدكما ولكما؛ كالبيع، وإن لم يؤجلاه [جاز][(١)] وأجله الإمام إلا أن يمضى مقداره فيوقف - الآن - من له الخيار.

ومنع (ش) خيار الشرط، وأوجب خيار المجلس.

لنا: القياس على البيع، فإن كنتما بالخيار واختلفتما فى الأخذ والرد، فالقول قول الرد؛ كالبيع؛ لأنه مقتضى الخيار، أما اللزوم: فمن العقد.

فرع: فى الكتاب: يجوز كراؤها على أن يكربها[(٢)] ثلاث مرات ويزرعها فى الرابعة، وعلى أن تزبلها، إن كان التزبيل معروفًا[(٣)]، وعلى أن يحرثها لك ربها.

فائدة: قال صاحب التنبيهات: تكريب - آخره باء بواحدة من تحتها -: تطييبها وتزبيلها للحرث والزراعة، وهو الكراب - بفتح الكاف - للمصدر.

قال ابن يونس: على أن يزرعها فى الرابعة إن كانت مأمونة؛ لأن الحرث والتكريب منفعة تبقى إن لم يتم الزرع، فهو اشتراط نقد فى غير المأمونة، وإن زرع، فعليه كراء المثل بشرط أن يحرث ثلاث مرات.

فرع: فى الكتاب: إذا انتشر[(٤)] من المكترى حب من حصاده فى الأرض فنبت، فهو لربها؛ لأن الأول أعرض عنه عادة، وكذلك من حمل السيل زرعه إلى أرض غيره.

قال ابن يونس: وقيل فى جر السيل: هو للباذر، وعليه كراء الأرض؛ لأن السير كالمكره له، والإكراه لا يسقط الأملاك.

قال سحنون: إن كان رب الأرض مكتريًا، فعليه كراء الأرض فى الأولى بالعقد، والثانية باستيفاء المنفعة.

وعن سحنون: إذا جره السيل بعد نباته، فهو لربه.

وعنه: هو لصاحب الأرض، وعليه قيمته مقلوعًا كما جره السيل.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: تكريها.
(٣) فى ط: متعارفًا.
(٤) فى ط: افتشر.

ولو كان شجرًا فنبت فى الأرض الثانية وأمكن رده للأولى، رده، وإلا فله القيمة؛ لأنه حطب فقلعه مضارة، ويخير بين دفع القيمة، وبين أمره بقلعه، أو يعطيه قيمته مقلوعًا.

ولو نقل السيل تراب أرض إلى أخرى، فلربه تحويله، ولا يلزمه؛ لأنه لم يجره، وكذلك لو رجع على أشجار جاره فأضر بها، ولو زرع كمونًا فأيس من نباته، فأكرى الأرض للمقاثى فنبت الكمون معه، فهو لرب الأرض، قاله أصبغ؛ لأنه كضال أيس منه ثم وجده، ويسقط من الكراء حصة المؤن، وإن أضر بالمقثاة، فليس له قلعه، لكن ينقص من الكراء بقدر ما نقصت المقثاة؛ لأنه عيب فى الأرض، وكذلك لو أبطلها، رجع بجميع الكراء، ومصيبة المقثاة منه، كما لو لم تنبت.

وفى النوادر: قال مالك: إذا انقطعت المقثاة منه ثم أخلفت، فللمكترى دون رب الأرض ما دام لها أصل قائم، فإن ذهبت مدة الإجارة وبقيت المقثاة [وفيها طمع][1] خير المكترى بين أخذها ودفع الكراء ما دامت المقثاة، وإن كان قبل وقت انقطاعها المعروف، وقد أسلمها إياسًا منها لموتها، ثم حيت بعد ذلك بالسقى لانقطاع الملك الأول، ولو أعاد أرضه لزراعة القطن فبقيت أصوله قومت[2] فى عام قابل:

قال ابن القاسم: إن كانت تزرع كل عام كالزرع، فلرب الأرض؛ لأنه لم يهبه إلا سنة واحدة، ثم رجع إلى أنه للزارع، وعليه كراء ما شغل الأرض؛ لأنه من عين[3] ملكه إلا أن يكون الكراء أكثر من القطن، فلا يلزمه أكثر منه، وإن كانت تنبت كثيرة كما تنبت فى السواحل، فلربه، ولا يخرجه إلا ببينة: أنه إنما أعاره سنة واحدة.

فرع: فى الكتاب: إذا اكريت بثوب بعينه [أو عبد فاستحق بعد الحرث، فعليه كراء المثل؛ لبطلان ماسمى، وكذلك بحديد ورصاص بعينه][4] وقد عرف وزنه.

قال ابن يونس: قيل: لمستحق العبد إجازة بيعه بالكراء، فإن حرث الأرض، دفع أجرة الحرث كبيع الفضولى، فإن امتنع، دفع له المكترى كراء سنة، فإن امتنع، أسلمها بحرثها، فإن استحق بعد الزراعة، فله الأجرة وكراء الأرض.

---

(١) فى أ: أو فيها طعم.
(٢) فى ط: فرمت.
(٣) فى ط: غير.
(٤) سقط فى أ.

فرع: فى الكتاب: إذا أفلس المكترى أو مات [بعد الزرع أو][1] قبل النقد، فربها أحق بالزرع فى الفلس دون الموت، وفى الدار: أحق بالسكنى إن لم يسكن، وإن فلس الجمال، فالمكترى أحق بالإبل حتى يتم حمله إلا أن يضمن الغرماء الحملة، تنزيلًا للمنافع فى جميع هذه الصور منزلة السلع فى التفليس.

وقال غيره: لا يضمنون إذا كان الكراء غير مضمون؛ لأن الحمالة بالمعين لا تجوز، وجوزه ابن القاسم؛ لضرورة الفلس.

قال صاحب التنبيهات: قيل: الخلاف فى المعين، وأما المضمون: لا خلاف فيه.

وقيل: إنما الخلاف فى المضمون؛ للاختلاف: هل هو أحق به؟ وأما المضمون فلا يختلف أنه أحق به.

قال ابن يونس: وقيل: هو أحق بالزرع فى الفلس والموت؛ جعلا لأرضه منزلة يده.

وفى الكتاب: إذا فلس المكترى فالجمال أولى بالمتاع حتى يقبض كراءه، ويكرى الغرماء الإبل فى مثل كرائه، وجميع الصناع أحق بما فى أيديهم فى الموت والفلس.

فرع: فى الكتاب: ابتاع عبدًا أو اكترى راحلة بعينها فى صفقة، جاز إن لم يشترط خلف الراحلة إن هلكت، وإلا امتنع، إلا أن يكون الكراء مضمونًا.

قال ابن يونس: يفسخ الكراء بموت المعينة، وليس كرعاية الغنم المعينة لا يجوز إلا بشرط الخلف؛ لأنه مستأجر عليها، والدابة ههنا كالراعى لا يجوز اشتراط خلفه.

قال محمد: يمنع ضمان عمل المعينات: من راع، وراحلة، ومركب، ومسكن، وغيرها، ولا فى طعام، ولا فى عرض؛ فإن شأن المعين، تعلق الرضا بعينه، وينفسخ العقد بهلاكه، بخلاف ما استؤجر على عمله، أو حمله، أو رعايته، لابد من الاشتراط حتى لا يحجر على المكترى فى بيعه والإتيان بغيره، وإذا هلكت الراحلة المعينة وهى وجه الصفقة، انفسخ العقد، وإلا لزمه العبد بحصته، ولو

---

(١) سقط فى أ.

اشترى عبدًا بكراء راحلة معينة ودينار، فهلكت قبل الركوب، أو بعد يسير منه، وهى وجه الصفقة - رد الدينار وقيمة ركوبه، وأخذ عبده إن لم يفت، فإن فات وكراها جملة الطريق إن لم يركب، أو بقيتها إن ركب ثلثى الصفقة، رجع بحصته ذلك فى قيمة العبد لا فى عينه.

قال: والصواب: ألا يراعى فوات العبد، وينفسخ إن كانت وجه الصفقة؛ لأن معها دنانير لا فوت فيها، فلو كان [عرضًا لا يكال][1] ولا يوزن، روعى فوات العبد إن هلكت وقد سار أكثر الطريق، أو لم يسر شيئًا، وليست وجه الصفقة، والعبد لم يفت، رجع بقيمة ذلك فى حصة العبد لا فى عينه؛ لضرر الشركة عند ابن القاسم.

وعلى مذهب أشهب: يرجع فى قيمة العبد.

وقيل: معنى المسألة: أنه اشترط نقد المائة، أو سنتهم النقد، وأما إن كان متأخرًا، ولا سنة لهم حتى لا يلزم من النقد إلا بقدر ما سار، فتكون حصة[2] العبد من النقد لا تعلم فلا يجوز إلا عند من يجيز جمع السلعتين لرجلين، وهذا أشد؛ لأن فيه نقدًا ومؤخرًا مجهولين.

فرع: فى النوادر: قال ابن حبيب: اكترى دارًا بثوب فوجده معيبًا، يفسخ الكراء، وفيما سكن أجرة المثل؛ لأن الرد بالعيب فسخ للعقد من أصله، وإن فات ببيع، لا يرجع بشىء، أو بلبس أو بهبة أو صدقة فقيمة العيب فى السكنى إن كان العيب الخمس فيشاركه رب الدار بخمس السكنى، ولهما القسمة بالتراضى أو المقاواة[3]، وإن كان العيب كثيرًا يضر الرجوع به بالمكترى فى السكنى، خير بين السكنى على ذلك، أو رده والرجوع بقيمة ثوبه معيبًا، وإن قام بذلك بعد سكنى نصف السنة والمعيب الخمس، رجع بخمس ما بقى من السكنى، وخمس كراء الأشهر الماضية، وإن كان العيب كثيرًا، خير بين السكنى فيما بقى مع المكترى، أو يرد على المكرى للساكن قيمة ثوبه معيبًا يوم قبضه، ويأخذ كراء الأشهر الماضية؛ وإن اطلع بعد المدة، رجع بقيمة العيب، قلت أو كثرت، وأخذ قيمة ما يقابله من قيمة سكنى الدار.

(١) فى ط: عرظ يكال.
(٢) فى ط: رخصة.
(٣) فى ط: المقاومة.

قال: وقول ابن حبيب كله حسن إلا قوله: إذا سكن نصف السنة والعيب يضر بكثرته، فقوله: إن اختار رد بقيمة السكنى: أنه يغرم قيمة ما وقع لنصف العيب فى المدة التى سكن.

فرع: فى الكتاب: هلاك الدابة المعينة يوجب الفسخ؛ كشراء المعين، ولا يجوز اشتراط الخلف كشراء المعين، وله الخلف فى الكراء على البلاغ وهو المضمون كاستحقاق ما يعطيه فى السلم، وإنما تفسخ الإجارة بموت الأجير المستأجر عليه.

وفى الجواهر: إن هلك الثوب المستأجر على خياطته، كان له إبداله على ظاهر المذهب.

قال القاضى أبو محمد: مذهب أصحابنا: أن محل الاستيفاء لا يتعين، وإن عين فذلك الوصف بخلاف العين المستأجر.

قال صاحب المقدمات: هذه الدابة أو دابتك الفلانية، تعين، ودابة أو دابتك، مضمون - عند مالك - لأن الإضافة أعم من التعيين، فإن اختلفا فى التعيين، تحالفا وتفاسخا إن لم يقبض[1]؛ لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه، وبعد القبض يصدق مدعى التعيين مع يمينه إن ماتت الدابة؛ لأن الأصل: عدم تناول العقد لغير هذه المعينة، فإن كانت قائمة فلا معنى لدعوى التعيين[2]؛ لأن المضمون يتعين بالقبض.

فرع: فى الكتاب: تمتنع هبة الدابة [المعينة][3] وبيعها؛ لأن المكترى أحق بها فى الموت والفلس بقية المدة، ولو هرب مشتريها بها فلم توجد، فسخت الإجارة، وإن وجدتها، فلك فسخ البيع، وللمبتاع الرضا بالتأخير إلى تمام المدة إن قربت [وإلا فلا؛ لأنه معين يتأخر قبضه المدة][4] الكثيرة.

قال ابن يونس: قال بعض القرويين: ولو لم يفطن لها إلا بعد المدة وكانت كثيرة، فالأشبه: رجوع المشترى بعيب حبسها تلك المدة، ولا ينقض البيع.

فرع: فى الكتاب: إذا شرط حبس العرض المعين الذى اكترى به للتوثق أو

(١) فى أ: تتعين.
(٢) فى أ: التعين.
(٣) سقط فى أ.
(٤) سقط فى أ.

المنفعة، فكأنه من المكرى؛ لأنه يعرف هلاكه، ولو حبسه المكترى للتوثق، ضمنه إن لم يعرف هلاكه، وانتقض الكراء كهلاك المبيع المعين قبل القبض، وكذلك إن استحق.

قال ابن يونس: ويحلف على هلاكه وتلفه، فإن نكل غرم قيمته ويثبت الكراء، لاتهامه على فسخه، وليس فيه رد يمين؛ لأنه من أيمان التهم.

فرع: فى الكتاب: يمتنع اشتراط [ضمان][1] ما يتأخر قبضه اليومين؛ لأنه ضمان بجعل إلا فى العين؛ لأنها لا تتعين، وجوزه غيره فى الجميع إذا حبس لركوب أو خدمة؛ لقرب الأجل، أو لأنه لما اشترط الركوب فهو كالمكترى لذلك.

ومقتضى هذا: الجواز فى القليل والكثير، غير أن التهمة يقوى القصد إليها فى البعيد فى الضمان بجعل.

قاعدة:

المعين الذى يتأخر قبضه يمتنع؛ لتوقع الغرر بهلاكه قبل القبض، فلا يكون المعقود عليه معلوم الحصول فلا يحرم؛ فإن العقد يترتب عليه أثر، فهو كبيع السمك فى الماء، والطير فى الهواء، وأيضًا اشتراط التأخير يشعر بأن العوض بدل الضمان.

قاعدة:

الأعيان والمنافع ثلاثة أقسام:

منها ما يقبل العوض: كالسير وكراء الدار.

ومنها ما لا يقبلها، إما لمنع الشرع كالخمر، والغناء، أو لأنه غير متقوم - عادة؛ كالبرة[2] الواحدة، ومناولة النعل، أو لعدم اشتماله على مقصود ألبتة: كالذرة من التراب، وتحريك الأصبع.

ومنها ما اختلف فيه: هل يقبل المعاوضة أم لا؟ كالأزبال، والفصاد، والحجامة، فمالك يجيزها، و (ح) يمنع الآخرين؛ لأنهما - عنده - مجرد آلام بغير فائدة؛ لأن خروج الدم ليس من فعل الأجير، بل من طبيعة الدم.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: كالسيرة.

ومن القسم الثانى: الضمان، فإنه وإن كان مقصودًا للعقلاء، لكنه غير متقوم عادة، فلا يجوز أن يقابل بالأعواض، وكذلك لا يجب على من قبل أو باشر امرأة غصبا شىء، بخلاف الوطء؛ لأن الوطء تقدر قيمته فى بذل الصدقات، بخلاف القبل ونحوها.

قاعدة: ولا يعتبر الشرع من المقاصد إلا ما تعلق به غرض صحيح محصل لمصلحة، أو دارئ لمفسدة، وكذلك لا يسمع الحاكم الدعوى فى الأشياء التافهة الحقيرة، ولا يقبل قول المستأجر وغيره فى قلع البناء والأشجار التى لا تنمية(١) لها بعد القلع، وإن كانت عظيمة [المالية بعده](٢)، فلهذه القاعدة أجمع الناس على أن العروض تتعين بالتعيين، وكذلك الحيوان والطعام؛ لأن لهذه الأشياء من خصوصات الأوصاف ما تتعلق به الأغراض الصحيحة، وتميل إله العقول الصحيحة، والنفوس السليمة؛ لما فى تلك التعيينات من الملاذ الخاصة بتلك الأعيان.

ومقتضى هذه القاعدة: أنه إذا عين صاعًا من صبرة وباعه، أنه لا يتعين؛ لأن الأغراض الصحيحة مستوية فى أجزاء الصبرة، غير أنى لا أعلم أحدا [مال لعدم](٣) التعيين.

واختلفوا فى الدنانير والدراهم إذا عينت هل تتعين أم لا؟ على أقوال:

ثالثها: إن عينها الدافع تعينت، وإلا فلا أثر لتعيينه القابض، فإن اختصت بصفة حرمة أو حل أو غيرهما، تعينت على ما لا يشاركها فى ذلك، اتفاقًا، والأقوال الثلاثة عندنا، وبالتعيين قال (ش)، وقد تقدم تقريره فى كتاب «الصرف».

فرع: فى الكتاب: إذا اكترى دابة لغرض فتعذر، أو لم يفعله - لزمته الأجرة؛ لهلاك المنفعة تحت يده كالمبيع إذا قبض وهلك، وله كراؤها فى مثل ما اكترى لملكه المنفعة بالعقد.

قال ابن يونس: وليس له أن يحمل عليها الحجارة؛ لأنها مضارة ليس فيها غرض صحيح؛ لما تقدم فى القاعدة، إلا أن ينتفع بتلك الحجارة، ولو شرط عليه فى

(١) فى ط: قيمة.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: قال بعدم.

العقد: إن ماتت قاصه بما ركب امتنع؛ لأنه شرط مناقض للعقد.

قال ابن القاسم: إذا تكارى إلى موضع فبلغه ما يمنعه من دخوله، انفسخ الكراء؛ لتعذر المنفعة، بخلاف أن يعوقه ضياع المتاع أو لصوص.

فرع: قال صاحب الإشراف: إذا اكترى دابة إلى مكان معين، وسلمها إليه، ومضت مدة لو أراد الانتفاع بها أمكنه، استقرت الأجرة عليه، وقاله (ش)، وأحمد؛ لوجود التمكين؛ كما لو مشى وهو يقودها، فإن الأجرة تجب، اتفاقًا.

وقال (ح): لا تجب الأجرة؛ لعدم الاستيفاء.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا أصاب المرأة طلق، لم يجبر الكريّ على الإقامة معها فى غير الحج، وتقيم إن أحبت وتكرى، ويجبر فى الحج، كأن المكترى دخل إلى تمام حجها فى العادة.

فرع: قال: إذا سار المتكاريان بعض الطريق فبلغهما انغلاق الطريق انغلاقًا لا ينكشف إلا فى أيام يتضرر فيها أحدهما، فله فسخ الكراء، وإذا كان فى موضع غير مستعتب، رده إلى مستعتب خلفه أو أمامه، فإن كان بين يديه، فبحسابه، قاله أصبغ.

فرع: فى الكتاب: إذا اكتريت ثورًا يطحن إردبين، كل يوم بدرهم، فوجدته لا يطحن إلا إردبًا، فلك رده بالعيب؛ كالبيع، وعليك فى الإردب نصف درهم، وترد الدابة المعينة بالجحاح والدبرة الفاحشة.

فرع: [قال ابن يونس:][1] قال ابن القاسم: يمنع أن يتحول إلى دابة أوطأ من دابته، زاد شيئًا أم لا؛ لأنه فسخ دين فيما يتأخر قبضه، فإن فعل، فعليه كراء المثل، وكراء الأولى باق، ويجوز - على قول من يجيز - أخذه من دين له كراء دار بعينها.

قال مالك: ولو هلكت المكرية فى بعض الطريق لا يأخذ دابة أخرى فيما بقى له؛ لأنه كفسخ دين فى دين، إلا أن يكون بمنقطعة، فيجوز للمستعتب، كان الثانى مضمونًا أو معينًا إذا كان الأول معينًا، وكذلك لو شرطه فى أصل العقد.

قال ابن القاسم: ويجوز التحول من المحمل إلى الزاملة بزيادة أو نقص؛ لأنه تحول من صفة ركوب، لا من دابة إلى أخرى، ولا يزيده الجمال شيئًا إلا أن يكون

(١) سقط فى ط.

سار بعض الطريق؛ لتهمة السلف، وتجوز زيادة الراكب، ركب أم لا.

وإن تكارى على الحمل، امتنع التحول إلى محمل بزيادة؛ لتباعدهما، بخلاف الزاملة والمحمل.

فرع: فى الكتاب: إذا اكترى من مصر إلى الحج، ولم يشترط الممر على المدينة، ثم أراد ذلك، [خير الكَرِىّ][1] إلا أن يخاف فوات الحج.

فرع: فى الكتاب: إذا اكتريت دابة معينة فليس لك الإرداف خلفك، ولا حمل متاعه معك؛ لأنك ملكت ظهرها، وكذلك السفينة. فإن فعل، فلك كراؤه إلا أن يكاريك على حمل شىء بعينه أو معلوم، فله الحمل؛ لأنه مضمون.

قال أشهب: إن اكتراه ليحمله وحده أو مع متاعه، فكراء الزيادة للمكرى؛ لأنه على دابته حمل، وقد كان لك منعه من الزيادة.

قال ابن يونس: قول أشهب وفاق لقول ابن القاسم.

فرع: فى الكتاب: ليس لك الذهاب إلى غير البلد الذى اكتريت إليه، وإن كان مثله فى السهولة والمسافة إلا أن يأذن لك، كاختيارك صبرة أخرى تكتال منها. ومنعه غيره، وإن أذن لك؛ لأنه فسخ دين فى دين، إلا بعد صحة الإقالة.

قال ابن يونس: عن ابن القاسم: لك الذهاب إلى مثل البلد كحمل غير ما اكتريت عليه مثله.

فرع: فى الكتاب: إذا كان الكراء دراهم ولم يشترط نقدها، وكراء الناس مؤخرًا وغير مؤخر[2]، وشرطت التأخير - امتنع إعطاؤك عوضها دنانير نقدًا حتى تحل الدراهم ببلاغ الغاية؛ لأن من شرط صرف ما فى الذمم: الحلول، فلو شرطتما النقد أو هو العرف، جاز، كان الكرء معينًا أو مضمونًا. فإن هلكت ببعض الطريق، رجعت بحصة ما بقى مما[3] نقدت، ولو دفعت عن الدراهم عرضا، لرجعت بالدراهم فيما عقدت عليه؛ نفيًا لضرر الشركة.

فرع: قال: إذا أردت تعجيل الخروج من مكة وأبى الجمال، وفى الزمان بقية - لم يجبر حتى يخرج الناس؛ لأنه العرف.

---

(١) فى أ: جبر المكرى.

(٢) فى ط: مؤجر.

(٣) فى أ: فلما.

فرع: قال: إذا نقصت زاملة الحاج فأراد إتمامها حملا على العرف:

قال غيره: فإن فقد العرف، فلك الوزن للمشترط إلى آخر المسافة؛ لأنه مقتضى العقد.

فرع: قال: إذا اكتريت لبلد، فلك النزول بمنزلك؛ لأنه العادة.

فرع: قال: إذا ولدت المكترية جبر على حمل ولدها؛ لأنه العادة.

فرع: قال: إذا هرب فأنفقت على دابته أو اكتريت من يرحلها، فلك الرجوع عليه؛ لأنك قمت عنه بواجب، ولو هرب بالدابة، اكترى لك الإمام عليه، ورجعت بذلك عليه كالشرط، وإن تغيب يوم خروجك، ثم لقيته، فليس لك إلا الركوب، أو الحمل فى كل كراء مضمون؛ لأنه فى ذمته، إلا الحج يفسخ؛ لأن إبانه كالشرط.

قال غيره: ولو دفع[1] غير الحج الإمام، فسخ ما فيه ضرر.

قال ابن يونس: إذا هرب بدابته إنما يكرى عليه الإمام، إذا كان له مال.

وفى الكتاب: إن هربت أنت، أكرى لك الإمام، وأخذ الجمال من ذلك أجرته، وإلا اتبعك بالكراء، وكذلك إن أكرى على متاع عبد وكيلك ببلد[2] ولم يجد الوكيل، انتظر بغير ضرر، فإن جاء، وإلا أكرى الدابة، فإن تعذر، فله الكراء؛ لأن التعذر من قبلك، فإن رجع ولم يرفع ذلك للسلطان، وفى البلد سلطان، رجع ثانية؛ لأنه متهم، وإن لم يكن فى البلد سلطان، انتظر أيامًا، وأشهد، فإن وجد الكراء، وانصرف ولم يكر، ولم يرفع للإمام، فلا شىء له، إذا كان الكراء ممكنًا إلى البلد الذى أكرى إليه، وإن تعذر الكراء وجهل إعلام الإمام، لا يبطل عمله.

قال ابن يونس، لا يقبل عدم الكراء ثمت إلا بسبب.

قال محمد: ولو أكراها بغير إعلام الإمام ورضيت بذلك وقد نقدته، لم يجز؛ لأنه فى معنى سلف بزيادة، وإن لم ينقده جاز، وإن لم ترض إلا بالكراء الأول، فإن أكراها لنفسه ولم يرفع للإمام وثم إمام، فلك أخذ الفضل.

فرع: إذا أقبضك فى المضمون دابة، ليس له نزعها إلا بإذنك؛ لأنها تعينت بالقبض، وأنت أحق بها فى الفلس، وفرق غيره بين المضمون والمعين.

---

(١) فى أ، ط: رفع.
(٢) فى أ: بتلك.

قال ابن يونس: اختلف فى تأويل قول الغير:

قال ابن حبيب: يتحالفان ويتفاسخان فى المعين فى بقية المسافة.

وقيل: المضمون يتحالفان فيه؛ لأن حقه فى ذمة المكرى كسلعة لم تقبض، وإذا كانت معينة، فحقه فيها، وقد حازها وفات بعضها كفوات بعض السلعة، فهو المدعى عليه فى زيادة الثمن، ولو هلكت المضمونة، على هذا اتفق ابن القاسم والغير فى التحالف والتفاسخ.

فرع: قال ابن يونس: قال سحنون: [إذا أراد الجمال إدارة الجمال بينكم، سلم، أو المحامل منع إلا برضاكم؛ لأن التغيير ضرر][١].

فرع: قال: يمنع كراء السفن فى وقت الخطر، ويفسخ للغرر، ويجوز اشتراط التأخير إلى وقت السلامة إذا لم ينقد إلا فى القريب نحو الشهر، فيجوز النقد، ولو كان الكراء مضمونًا، جاز النقد ولو بعد، لكونه مأمونًا بكونه فى الذمة، فإن اكتريت فى وقت السلامة، ثم تعذر حتى جاء وقت الخطر بالشتاء، فلك وله الفسخ لعذر التأخير، وكذلك لو حدث لصوص، بخلاف الريح.

فرع: قال: قال فى المدونة: كراء السفن على البلاغ لا يستحق شيئًا إذا غرق؛ لأن ذلك هو الذى يقصد وينتفع به.

وقال ابن نافع: له بحسابه.

وقال يحيى بن عمر الأندلسى: إن كان لتعدية البحر فعلى البلاغ؛ لعدم حصول المصلحة دون تلك الغاية، وإلا فبحساب ما مضى؛ لأن البعض ينقص كراء المسافة.

وفى الجواهر: قال أصبغ: إن لم يزل ملججًا حتى عطب لم يدرك مكانًا يمكنه النزول فيه أمنًا على نفسه وماله، ويمكنه التقدم منه إلى موضع الكراء - فعلى البلاغ، وإلا فبحسابه.

فرع: قال ابن يونس: قال يحيى بن عمر الإسكندرانى: إذا وصلت السفينة وامتنع التفريغ للهول، وذهب ما فيها - سقط الكراء؛ لعدم تسليم المنفعة، فإن

---

(١) فى أ: إذا أراد الجمال سلم أو المحامل منع.

أمكنك التفريغ ففرطت حتى جاء الهول لزمك الكراء، فإن فرغ بعضهم وتعذر على الآخرين للهول، فعلى ما تقدم، فلو ظن أن الحمولة تلزمه بعد عطب السفينة، فحمل المتاع فى سفينة أخرى:

قال ابن القاسم: لا شىء له إلا أن يكون موضع العطب يخشى على المتاع فيه.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا انبل بعض الحمولة، قوم غير مبلول ومبلولاً، ويطرح من الكراء بقدر نقص القيمة.

قال أبو سعيد: فإن كان البلل بتغرير أو تفريط من صاحب المركب، ضمن، والنداوة القليلة لا تنقص الكراء.

فرع: قال ابن القاسم: إذا طرح بعض الحمل للهول، شارك أهل المطروح من لم يطرح لهم شيئًا من متاعهم، كان ما طرح وسلم لجميعهم فى نمائه ونقصه بثمنه بموضع الشراء، وإن اشتروا من موضع واحد بغير محاباة؛ لأنهم صونوا بالمطروح مالهم.

والعدل: عدم اختصاص أحدهم بالمطروح؛ إذ ليس أحدهم أولى من الآخر، فاشترك الجميع، فإن اشتروا من مواضع، أو اشترى بعضهم دون بعض، أو طال زمن الشراء حتى حال السوق - اشتركوا بالقيم يوم الركوب دون يوم الشراء؛ لأنه وقت الاختلاط، وسواء طرح الرجل متاعه أو متاع غيره، بإذنه أم لا.

ولمالك فى التقويم بموضع الحمل أو موضع المحمول إليه؛ لأنه المقصود بالحمل، أو موضع الطرح؛ لأنه موضع الإتلاف، ثلاثة أقوال.

قال ابن أبى زيد: ولا يشارك من لم يرم بعضهم بعضًا؛ لأنه لم يطرأ سبب يوجب ذلك، بخلاف المطروح له مع غيره، فإن رمى له نصف متاعه، أخذه ممن لم يرم نصف متاعه، ويكون شريكًا لمن لم يطرح له فى النصف الآخر بقيمة متاعه من قيمة متاعهم، ولو رمى جميع متاعه ثم أخرج بعد ذهاب نصف قيمته، شاركهم فى نصف متاعهم؛ كما لو رمى نصف متاعه، وعليه من كراء السالم بقدر ما صار إليه، وإذا خرج نصف متاعه ناقصًا، فكراء حصة ما نقص على ثمن نقصه وأخرجه عليه، وإذا رمى متاعه وابتل متاعهم بللا ينقص الثمن، شاركهم بقيمة متاعه ومتاعهم سالمًا بموضع الحمل، فإن حدث بمتاعهم عيب قبل الحاجة للطرح، فقيمته معيبًا بموضع الحمل، ويحسب المطروح على كل ما يراد به التجارة، وإن خف حمله كالجواهر.

قال ابن حبيب: وليس على صاحب المركب ولا على النواتية كانوا أحرارًا أو عبيدًا إلا أن يكونوا للتجارة، فتحسب قيمتهم، ولا على من لا متاع له؛ لأن هذه كلها وسائل، والمقصود بركوب البحر: إنما هو لمال التجارة، ويرجع بالمقاصد فى المقاصد، ومن معه دنانير كثيرة يريد بها التجارة، فكالتجارة، بخلاف النفقة، وما لا يراد به التجارة، كما تقدم.

وقال ابن ميسر: لا يلزم فى العين شىء من المطروح.

وقال سحنون: يدخل المركب فى قيمة المطروح؛ لأنه مما سلم بسبب الطرح.

وقال أبو محمد: إن خيف عليه أن يصدم قاع البحر فرمى لذلك، دخل فى القيمة.

وقال أهل العراق: يحسب المركب وما فيه للقنية أو للتجارة من عبيد وغيرهم؛ لأنه سلم بسبب الطرح.

وجوابهم: أن المركب شأنه أن يصل برجاله سالمًا إلى البر، وإنما يغرقه ما فيه من التجارة وإزالة السبب المهلك لا توجب شركة، بل فعل السبب المنجى، وهو فرق حسن، فتأمله.

قال: ولا يختلف قول مالك وأصحابه: أن ما للقنية كالعبيد، والجواهر، والمصاحف لا تدخل فى حساب ما طرح، وما طرح منه فمن صاحبه دون غيره.

قال ابن القاسم: ويصدق صاحب المطروح فى ثمنه مع يمينه ما لم يستكثر؛ لأنه أمر لا يعلم إلا من قبله.

وقال سحنون: يقبل بغير يمين إلا أن يتهم، فإن ادعى أنه طرح له أمتعة كثيرة، وأنكر الرايس ذلك رجع إلى الشرط[1]، لجرى أموال الناس عليه، ويصدق فيما دخل[2] الشربيل مع يمينه إذا أشبه أن يهلك مثله، وإذا ادعى قيمته ونازعوا فى الصفة، صدقوا مع أيمانهم؛ لأنهم مدعى عليهم الشركة، فإن جهلوها، صدق مع يمينه، فإن ادعى صاحب المركب: أن الهول رمى بعض شحنته ولم يكونوا معه، وكذبوه صدق فى العروض دون الطعام - عند ابن القاسم - لاتهامه على أكل الطعام.

(١) فى أ: الشربيل.
(٢) فى أ: داخل.

قال أبو محمد: إذا صالحوا صاحب المطروح بدنانير ولا يشاركهم، جاز، إذا عرفوا ما[١] يلزمهم فى القضاء، فإن طرح وخرج بعد الطرح من البحر سالمًا، فهو له، وتزول الشركة، أو خرج وقد نقصت قيمته، انتقص نصف الصلح، ويرد نصف ما أخذ، ويكون الخارج له، وعليه قيمة الكراء على ما تقدم.

سؤال: إذا وجدت الدابة المصالح عليها فى التعدى أو العارية، تكون لمن صالح عليها، فما الفرق؟

جوابه: أن التعدى ينقل الذمة، والبحر شىء توجبه الضرورة، فلا يجعل الصلح فيه تبعًا لا ينتقض. قال الطرطوشى فى تعليقه: إذا لم يكن فى السفينة غير الآدميين لم يجز رمى أحدهم؛ لطلب نجاة الناس، وإن كان ذميًا، ويبدأ بطرح الأمتعة، ثم البهائم، وهذا الطرح - عند الحاجة - واجب، ولا يجرى فى هذه المسألة القولان اللذان للعلماء فى درء الداخل عليه البيت لطلب النفس أو المال، ولا من اضطر إلى الميتة:

أحدهما: يجب الدفع والأكل؛ للخلاص من الهلكة.

وثانيهما: لا يجب؛ لخبر ابنى آدم، ولقوله - عليه السلام -: «كُنْ عَبْدَ اللهِ الْمَقْتُولَ، وَلَا تَكُنْ عَبْدَ اللهِ الْقَاتِلَ»[٢]. وعليه اعتمد عثمان - رضى الله عنه - فى تسليم نفسه.

والفرق: أن التارك للقتل والأكل ثمت تارك لئلا يفعل محرما، وههنا؛ لبقاء المال. واقتناؤه[٣] ليس واجبًا، وأكل الميتة وسفك الدم محرم، وما وضع المال إلا وسيلة لبقاء النفس، ولم يوضع قتل الغير والميتة وسيلة لذلك.

قال مالك: وإذا اشترى أحدهم بدين، فطرح، حسب ثمنه على النقد بغير زيادة، وإن حوبى ألحق بتمام القيمة فى الموضع الذى حمل منه، ولا يضمن الطارح ما طرح اتفاقًا.

ولمالك فى أكل طعام الغير للمجاعة[٤] قولان، ولا يضمن بدفع الفحل عن نفسه

---

(١) فى ط: بما

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ١١٠)، والآجرى فى الشريعة ص ٧٢ عن عبدالله بن خباب عن أبيه.

(٣) فى أ: وإنشاؤه.

(٤) فى ط: للجماعة.

بالقتل القتل؛ لأنه كان يجب على صاحبه قتله؛ صونًا للنفس، فقام عن صاحبه بواجب.

وقال (ح)، و (ش): لا يضمن منهم إلا الطارح إن طرح مال غيره، وإن طرح [مال][(١)] نفسه، فمصيبته منه، ولو استدعى غيره منه ذلك.

ووافقونا إذا قال: اقض عنى دينى فقضاه، وفى اقتراض المرأة على زوجها الغائب، واقتراض الوصى لليتيم؛ فإنه يأخذ من مال يطرأ له.

لنا: القياس على هذه الصور؛ بجامع السعى فى القيام عن الغير بواجب؛ لأنهم أجمعين يجب عليهم حفظ نفوسهم وأموالهم، فمن بادر منهم قام بذلك الواجب.

احتجوا: بأن السلامة بالطرح غير معلومة بخلاف الصياد، وبالقياس على الآدميين، وأموال القنية لا يتعلق بها المطروح.

والجواب عن الأول: أنه ينتقض بإطعام المضطر؛ فإنه يضمن مع احتمال هلاكه بالأكل، بل يعتمد فى ذلك العادة، وقد شهدت بأن ذلك سبب للسلامة فيها، مع احتمال النقيض.

وعن الثانى: ما تقدم أول المسألة من الفرق.

وقال الطرطوشى: القياس: التسوية بين التجارة والقنية؛ لأن العلة صون الأموال، والكل يثقل السفينة، ولذلك قال ابن بشير: لا شىء فى العين؛ لأنه لا يثقلها ولا تخف بطرحه ما عدا الآدمى.

وفى الجواهر: يطرح ما عدا الآدمى، ويبدأ بما ثقل وزنه، وقل ثمنه ويقوم إما وقت التلف؛ كالمتلفات، أو أقرب المواضع إلى البر الذى يقدم إليه؛ لعدم القيمة موضع الطرح، أو فى المكان الذى يحمل إليه، أو الثمن الذى اشترى به؛ لأنه الأصل، أربعة أقوال.

فرع: قال ابن يونس: قال مالك: إذا حملوا أطعمتهم مخلوطة، لا يمكن أحدهم من بيع حصته فى الطريق إلا برضا أصحابه؛ لأن أسفل السفينة يفسد الطعام، فيقتسمون الجيد والردىء، فإن رضوا ألا يباع لهم إن وجدوا فسادًا، وإذا فسد بعضها وهى بحواجز غير مشتركة، ثم زالت الحواجز واختلطت، اشترك الجميع[(٢)]

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: الجمع.

فى الجميع، وإذا مر أحد الشركاء بمنزله، فله أخذ مكيلة طعامه لينزله، ولا رجوع لهم عليه إذا غرقت السفينة، أذنوا له أم لا؛ لأنها ضرورة، وليس عليه أن يذهب معهم ثم يرجع لمنزله إلا أن ينقص الكيل فيرجعوا عليه بحصة ذلك إن ابتل قبل نزوله عنهم، وللواصل إلى موضعه أخذ رحله إلا أن يكون تحت رحالهم ويضر بهم، فلهم منعه.

فرع: قال أبو محمد: إذا تبين لهم بعد وسق الطعام أنه أكثر من الوسق فأنزلوا بعضه فأخذه بعضهم فى حصته، وبعضهم [غائب، فالغائب][1] مشارك للآخذ بقدر نصيبه؛ لأنه لم يرض بالقسمة، فإن باع الآخذ، فللغائب إجازة البيع، فإن أوسقوا أمتعة وظهر أنها أكثر من الوسق فتنازعوا: أيهم ينزل: فإن علم أيهم الآخر الزائد على الوسق، أنزل؛ لكونه أوسق ما لا يجوز، وإلا أنزل من كل واحد منهم ما يخصه.

فرع: قال: قال سحنون فى شريكين فى سفينة أراد أحدهما الحمل فى نصيبه، ومنعه الآخر إلا بالكراء: لا يقضى عليه بكراء وعمل الآخر مثله، أو يباع المركب عليهما؛ لأن الأصل: عدم لزوم الكراء، فإن أصلح المركب أحدهما بغير إذن الآخر، فله أخذ نصف ما أنفق، أو يعطى نصف قيمته خرابًا، فإن أبيا من ذلك، فله فى المركب بقدر ما زادت نفقته مع حصته الأولى.

فرع: قال: قال ابن عبدوس: إذا تعدت المركب بالريح عن الموضع، فلك إنزال متاعك، ثم لك الرجوع إلى بلد الشرط بغير زيادة كراء.

فرع: فى الكتاب: إذا كان فى الدار والأرض شجر أو نخل لا ثمر فيها، أو ثمرة لم تؤبر - فالثمرة للمالك إلا أن يشترطها المكترى؛ لأن عقد الإجارة لا يتناول الأعيان، وإذا كان قيمة ما تطعمه كل سنة - بعد طرح المؤنة والعمل - ثلث قيمة الكراء، فحينئذ تشترط؛ لأنها حينئذ تبع، فإن اشترطها وهى أكثر من الثلث، امتنع، والثمرة لربها، وعليه أجرة السقى، وله كراء الأرض، وإن أزهت، جاز اشتراطها وهى أكثر من الثلث؛ لجواز بيعها - حينئذ - مفردة، وإذا كانت تبعًا، امتنع اشتراط نصفها؛ لبقاء الضرر بسبب تصرف الأجير، وبقية سبب الترخص فى بيع الجميع.

قال ابن يونس: قال أصبغ: يجوز الاشتراط قبل الإزهاء فى الثلث، إذا كانت

---

(١) فى ط: غايب غائب.

تطيب قبل مدة الكراء، لئلا تكون صفقة مستقلة، وإلا فلا، والقيمة المتقدمة إنما هى إذا كان الثمن لم يخلق، أما المأبور فيقوم يوم عقد الكراء إذا طابت مع إسقاط المؤنة. وجاز هذا لدفع الضرر عن المشترى بدخول الآخر عليه للإصلاح، كما فى العرية.

فإن أكرى الدار سنين، والثمرة فى بعضها تبع، وفى بعضها ليست تبعًا، امتنع، ولو اكترى دورًا فى عقد، اعتبرت كل دار على حيالها، فلو كان المجموع تبعًا، وفى المجموع ما هو غير تبع، امتنع؛ للخروج عن سنة العرية؛ لعدم العلة.

قال ابن بشير - فى نظائره -: من اكترى دارًا فيها شجرة طابت، فذلك جائز قلت أو كثرت، أو لم تطب، جاز بأربعة شروط:

أن تكون ثلث الكراء فأقل.

وأن يشترط جملتها؛ نفيًا للضرر.

وأن يكون طيبها قبل انقضاء المدة حتى لا تكون مستقلة[1].

وأن يكون القصد باشتراطها رفع الضرر فى التصرف عليه.

فرع: فى الكتاب: يجوز اشتراط الزرع القليل إذا لم يطب ولم يبلغ الثلث؛ لقلة الضرر.

فرع: قال ابن يونس: إذا أكرى دارًا سنة واشترط نخلة دون الثلث:

قال يحيى بن عمر: إذا انهدمت فى نصف السنة وقد طابت الثمرة وقيمتها يومئذ من قيمة ما سكن: الثلث فأدنى، فهى له، أو أكثر، فلرب الدار، وفسد فيها البيع، وإن جذها رطبًا، رد قيمتها، أو تمرًا، رد مثلها، وإن انهدمت قبل الطيب، فلربها، كانت تبعًا أم لا؛ تبعًا للدار.

وقال محمد: يردها بحصتها، وإن طابت[2] تبعًا للدار.

قال ابن حبيب: ولو استحقت الدار إلا موضع الشجرة بعد ستة أشهر، رجعت الثمرة للمكترى، طابت أم لا، وكذلك الزرع بما ينوبه من الثمن.

فرع: فى الكتاب: يجوز اشتراط الترميم من الكراء، ويمتنع ما زاد على الكراء من عنده؛ لأنه شرط سلف فى الإجارة.

---

(١) فى ط: مستغلة.

(٢) فى ط: طالت.

قال ابن يونس: إنما يجوز اشتراط كنس المرحاض والتراب وغيرهما فيما يكون بعدالعقد؛ لأنه أمر معروف، وأما ما هوعند العقد فلا؛ لعدم العادة فيه.

فرع: فى الكتاب: على رب الدار: كنس المرحاض وإصلاح الواهى حتى يتمكن من المنفعة، وإن اختلفتما فى قدور الحمام، فلك؛ كالبنيان، ويمتنع اشتراطه عليه إصلاح البيوت كلما احتاجت إليه؛ لأنه مجهول.

قال صاحب التنبيهات: وقع فى الكتاب: اشتراط كنس المراحيض على المالك، ثم قال بعده: عليه فعل ذلك، فإذا كان عليه، فكيف يحتاج للشرط؟

قيل: ذلك اختلاف من قوله فى أن ما حدث بعد العقد: هل يكون على المالك؛ للتمكن من المنفعة؟ أو على الساكن؛ لأنه أحدثه؟

وقيل: ليس بخلاف؛ بل الشرط فيما حدث بعد العقد؛ لأنه على الساكن لأنه أحدثه والذى عليه: ما كان قبل العقد.

قال: والأشبه: أن الحادث على الساكن، إلا أن يكون عرف؛ كما فى الفنادق.

وقوله: عليه إصلاح الواهى، معناه: لا يجبر، بل إن أصلح وإلا فسخ.

وقيل: يجبر؛ توفية بالعقد.

وقال سحنون: يجبر على القليل دون الكثير، وبالأول قال (ش)، و (ح).

وقال صاحب النوادر: قال ابن القاسم: كناسة الدار والمرحاض على الساكن إذا لم يشترط؛ لأنه من فعله.

وقال عبد الملك، ومطرف: يحمل فى ذلك على العادة، وبالأول قال الأئمة.

فرع: فى الكتاب: إذا اكترى[1] بيتًا شهرًا على أنه إن سكن يومًا لزمه الكراء، جاز إن كان يسكن بقية الشهر، وإلا امتنع؛ للغرر.

فرع: فى الكتاب: إذا اكترى فى رأس الهلال: كل شهر بكذا، فكان تسعة وعشرين، فله كراؤه كاملًا؛ لأنه شهر.

فرع: فى الكتاب: إذا اكتريت كل شهر بكذا، فله إخراجك متى شاء، ويلزمك - فيما سكنت - حصته من الكراء، وكراء سنة بعينها، ليس لأحدكما الفسخ إلا برضا الآخر.

---

(١) فى ط: أكرى.

قال صاحب التنبيهات: تلزم الأجرة فى خمس صور اتفاقًا:

هذه السنة أو سنة كذا، أو يسمى عددًا، أو إلى شهر كذا، أو بعده فى شهر أو سنة.

وضابط الجميع: التعيين، أو ما يقوم مقامه.

واختلف فى ثلاث: أكرى منك سنة بدرهم، فأكثرهم على أن ظاهر الكتاب على أنها مثل هذه السنة.

وقال أبو صالح: له إخراجك متى شاء؛ لعدم التعيين.

وكل شهر بدرهم، فقيل: يلزم للسنة الأولى خلاف ما فى الكتاب. وأكريتك السنة بدرهم، قيل: مذهب الكتاب: هو مثل: كل سنة بدرهم، فلا يلزم شىء، وقيل: أول السنة.

قال ابن يونس: كل شهر بكذا، لا يلزم منه شىء؛ لأنه لم يلتزم شيئًا، إلا [أن][1] ينقد كراء شهر فيلزم.

وقال ابن حبيب: يلزمه شهر، وما زاد، فلكل واحد منهما الترك، إلا أن يشترط عدم الترك، أو ينقد جملة الكراء، فيلزم جملة المدة.

قال صاحب المقدمات: إذا قال أول شهر: أجرتك هذا الشهر، لا يزاد عليه إن نقص؛ لأن الإشارة لتعيين المشار إليه، أو فى وسطه، تكمله ثلاثين؛ لأن القاعدة: إذا تعارضت الإشارة والعادة قدمت العادة؛ لأنها الأصل، وكذلك السنة. وهو قول ابن اقاسم، وإليه رجع مالك فى إلغاء بعض اليوم فى العدد والأيمان. ويتخرج الكراء على ذلك.

وإذا اتفقا على الكراء دون إيجاب مدة معينة نحو: أكرى منك هذا الشهر بكذا، أو السنة بكذا، أو كل شهر بكذا، أو كل سنة بكذا، له أن يخرجه متى شاء.

وقيل: يلزم الشهر الأول، لمالك، والأول لابن القاسم.

وعن مالك: يلزم الشهر الذى سكن بعضه، وهذه الثلاثة الأقوال فى السنة.

قلت: انظر كيف سوى بين: هذا الشهر، وبين: كل شهر بكذا، مع أن هذا الشهر مقتضاه: إيجاب مدة معينة.

---

(١) سقط فى ط.

فرع: فى الكتاب: إذا مات بعدالعقد لزم بعد الموت، وقاله (ش)، وأحمد؛ قياسًا على البيع.

وقال (ح): ينفسخ؛ لتعذر استيفاء المنفعة من الميت، وانتقال المنافع للورثة وهم لم يؤجروا، وقياسًا على النكاح ينقطع بالموت.

والجواب عن الأول: أن الوارث ما ينتقل إليه إلا ما لم ينتقل عن ملك الموروث، وهذه المنافع انتقلت قبل الموت.

وعن الثانى: أن النكاح لو بقى بعد موت أحد الزوجين لعظم الضرر بالامتناع من الزوج، بخلاف الإجارة مجردة، ولو لم يبق للوارث حق ألبتة إلى أبد الدهر لم يضره ذلك، كما فى وقف الدار أمد الدهر، إذا تقرر ذلك قال: [للوارث بيعها؛ لأنه مالك للرقبة، ولك سكناك، عملا بموجب العقد، وإن مات، فالكراء فى التركة](١).

قال اللخمى: إذا مات المكرى لم يحل الكراء، بخلاف المكترى؛ لخراب ذمته بالموت.

فرع: فى الكتاب: إذا اكتريت سنين ولم تسم متى تسكن، سكنت متى شئت ما لم يضر رب الدار، وقاله أحمد، قياسًا على: بعتك عبدًا من عبيدى، وصيعانًا من صبرتى مقدودة(٢).

وقال (ش)، و (ح): يحمل ما يلى العقد؛ لأنه المعتاد.

قال ابن يونس: وعن ابن القاسم كقولهما.

فرع: فى الكتاب: إذا اكتريتها سنة بعد مضى أيام من الشهر، حسبت أحد عشر شهرًا بالأهلة، وكملت الأول ثلاثين بعد ذلك؛ كالعدد، وصوم النذر، والأيمان، وقاله (ش)، وأحمد.

وقال (ح): إن استأجر أول الشهر حسب الجميع بالأهلة، أو فى بعض الشهر، حسبت ثلاثمائة وستين يومًا؛ لأن الأول يكمل ثلاثين، فيكون الثانى ناقصًا فيكمل فيلزم تكميل الجميع.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: معدودة.

وجوابه: قوله - تعالى -: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ﴾ [البقرة:١٨٩] فنص الشرع على أن المعتبر: الأهلة.

أجمعنا على مخالفة النص فى الشهر الأول؛ لعدم انضباط النقص فيما قبل العقد أو بعده، فيبقى فيما عداه على مقتضى النص.

فرع: فى الكتاب: إذا اكتريتها ثلاث سنين فمنعك من السكنى سنة، فخاصمته، يقضى لك سنتين، وعليك أجرتهما فقط؛ كالعبد يمرض أو يأبق، فلو بقى فى بعضها لم يخرج منها، وأنت فى بعضها، لزمك من الأجرة بقدر ما سكنت، وقاله (ح) ؛ لأن هذه فى حكم العقود المتفرقة[١]، يتجدد العقد عند تجدد المنافع.

وقال (ش): فوات بعض المنفعة يوجب الفسخ؛ لأنه تفريق للصفقة.

قال ابن يونس: قيل: ينبغى إذا غاب رب الدار ومنعك من قبضها، لك تغريمه[٢] كراء مثل الدار تلك السنة التى حبسها؛ لوجوبها لك بالعقد، فهو كالتعدى عليها.

فرع: فى الكتاب: لك كراء الدار أو الحانوت من ملكك[٣] إلا أن يكون أضر بالبنيان، وقاله (ش) وأحمد.

وقال (ح): لا تجوز إجارة العين المستأجرة إلا بمثل الأجرة، وتمتنع بأكثر؛ لنهيه - عليه السلام - عن ربح ما لم يضمن. والمنفعة ليست فى ضمانه.

وجوابه: القياس على بيع العروض قبل قبضها.

فرع: قال ابن يونس: إذا اكتريت دارًا سنة باثنى عشر دينارًا، فعجلت دينارًا، وسكنت شهرًا، فطلب كراءه وتأخير الدينار إلى آخر السنة، وطلبت تعجيله:

قال محمد: يقسط على شهور السنة عدلًا بينكما.

وكذلك لو نقدت أكثر، ولو شرط أربعة دنانير بعد أربعة أشهر، ثم اختلفتما بعد حلولها - فهى لما سكنت، ولو شرط أربعة أول السنة، وأربعة بعد أربعة أشهر فنقدته الأولى ثم الثانية ثم اختلفتما - قسمت الأولى على السنة، ثم يتم من الثانية كراء الأربعة أشهر الماضية، وهى ثلاثة إلا ثلثا، ويبقى دينار وثلث: يقسم على

(١) فى ط: المنفرقة.
(٢) فى ط: تغريمك.
(٣) فى ط: مثلك.

ثمانية أشهر الباقية، فيقع لكل شهر سدس مع ثلث متقدم، فذلك نصف من كل شهر، ويؤدى فى كل شهر نصف دينار.

فرع: فى الكتاب: من أكرى دارًا فله وضع ما شاء فيها من الأمتعة، والأرحية، وغيرهما، ما لم يكن ضررًا على الدار، وله كراؤها لمثل ذلك؛ لأنه ملك منفعتها، فله أن ينتفع بها ويملكها لغيره؛ كالمبيع من الأعيان، وقاله الأئمة.

قال ابن يونس: إن اشترط ألا يسكن معه غيره، فتزوج، فله منعه إن أضر، وإلا فلا.

والفرق بين هذا الشرط وبين أن يشترط عليه فى البيع: ألا يبيع ولا يهب: أنه يفسد البيع؛ لأنه يشترط ذلك خشية أن يملكها عدوه، فهو مناقض للعقد من غير حاجة، وههنا قد تضعف[1] البنية أو الخشب عن الكثرة.

وإن أكريت منه، فإذا هو حداد، فكرهت ذلك لئلا يقذر الحانوت - فلك منعه لذلك وإن لم يضر بالبنيان.

فرع: قال اللخمى: قال ابن القاسم: إذا أكراها [سنة][2] فسكن شهرًا، ثم انهدمت، فبناها بما عليه من الكراء، ثم قدم صاحبها بعد السنة، فله كراء ما سكن قبل الهدم، وكراء العرصة بعد الهدم، وينقض المكترى بناءه إلا أن يعطيه قيمته منقوضًا إذا بناها بنقض من عنده على ملكه، ولو بناها على ملك ربها، خير بين الرضا، ويعطيه ما أنفق، ويكون عليه قيمة الكراء على أنها مبنية، وبين إعطائه قيمته منقوضًا بعد انقضاء الكراء وتكون له قيمة القاعة، وإن بناها بنقضها، فلربها أخذ قيمة كرائها قديمة، ولا شيء عليه للثانى؛ لأنه إنما أخذ البناء، ولا قيمة له بعد النقض.

قال: ويمكن أن يقال: إن الكراء لما كان متوقفًا على هذا التلفيق، كان كالسقى والعلاج، وفيه خلاف.

ولو زاد فى الدار بناء من غير هدم بغير إذن ربها، لم يكن عليه كراء ما زاد؛ لعدم تناول العقد إياه، فإذا انقضى الأجل، خير ربها بين إعطائه قيمته منقوضًا، أو يأمره بقلعه، فإن بناه بإذنه:

---

(١) فى أ: تصعب.

(٢) سقط فى ط.

قال ابن القاسم: يعطيه قيمته منقوضًا.

وعن مالك: لا يأخذه إلا بقيمته قائمًا؛ لأجل الإذن.

قال محمد بن مسلمة: إن أذن له في البناء بعشرة دنانير، ثم قال بعد الأجل: لا حاجة لي في ذلك - له الإقامة حتى يعطيه ذلك، فإن بنى في إجارة فاسدة بإذنه، فعليه كراء مثل الدار على حالها عند العقد على أن يبنى ذلك.

فرع: في الكتاب: إذا ظهر من المكترى دعارة وشرب خمر، لم ينقض الكراء؛ لصحة العقد، ويمنعه الإمام؛ لنفي الضرر، وإن رأى إخراجه وكراها عليه، فعل.

قال ابن يونس: قال مالك: ذلك إذا فعل ذلك في دار نفسه، يعاقبه الإمام، فإن لم يمتنع، باعها عليه.

قال اللخمي: أرى إخراجه إن لم ينته، وإن لم يسكن حتى خرج الشهر الذي اكتراه، لم يسقط الكراء عنه؛ لأنه فوت على نفسه.

فرع: في الكتاب: اثنان اكتريا حانوتا أو بيتًا، فتنازعا: أيهما يكون في مقدمه؟ ولم يبين ذلك في الكراء - قسم بينهما[1] إن انقسم، وإلا أكرى عليهما؛ لأنه ضرر.

قال اللخمي: أرى: إن كانا حائكًا وخياطًا، والعادة: أن الحائك داخله والخياط خارجه - قضى بذلك.

فرع: في النوادر: استأجره ليأتيه بعبده الآبق من بلد بعينه، فخالفه العبد في الطريق لسيده قبل بلوغه البلد:

قال ابن القاسم: له الأجرة ويرسله في مثل ما مضى فيه من الطريق، [ولو وجده في بعض الطريق في مثل ما بقي؛ لأن الإجارة عقد لازم ووظيفة سعى الطريق.][2]

فرع: قال: إذا دفع الصانع لصانع آخر، فلك أخذ سلعتك بغير أجر للثاني؛ لأنك إنما عاملت الأول، ويتبع الأول، ويتبع الثاني الأول بأجره.

فرع: قال الأبهري: إذا سكن بعض السنة، فقال له: اترك لي بقيتها، وأعوضك سكنى مكانها، يمتنع؛ لأن المنافع تختلف في الأوقات.

فرع: اعتزل أبو يوسف حلقة (ح) لإقراء الناس، فكره ذلك (ح)، وبعث إليه

---

(١) في ط: بيعها.

(٢) سقط في أ.

رجلًا، وقال له: قل له: ما تقول فى قصار جحد الثوب المستأجر على قصارته، ثم اعترف ودفعه مقصورًا، هل يستحق الأجرة أم لا؟ فإن قال لك: يستحق، فقل: أخطأت، وإن قال لك: لا يستحق، فقل له: أخطأت، فسأله، فقال له: يستحق، فقال له: أخطأت، فسكت ساعة، وقال: لا يستحق، فقال له: أخطأت. فذهب أبو يوسف إلى (ح)، فقال له: لعلك [جاء بك][1] مسألة القصار، فقال له: نعم: فقال له: ينبغى لك أن تفصل، فتقول: إن قصره بعد الجحد، لا يستحق؛ لأنه قصر لنفسه، أو قبل الجحد، استحق؛ لأنه قصر لربه، وقاله (ش).

ومقتضى أصولنا: أن له الأجرة مطلقًا؛ لأن الغاصب - عندنا - إذا صبغ الثوب أو فعل ما يزيد العين، خير ربها بين أخذ القيمة أو الثوب، ويعطى قيمة ما زاد من الصنعة، وههنا الصنعة مأذون فيها بالعقد، فله الأجرة.

قال: إذا أخطأ الدليل الطريق، له الأجرة؛ لأن عليه اجتهاده، وقد اجتهد إن كان عالمًا، وإلا فلا أجر له؛ لتغريره بغيره.

تنبيه غريب:

إذا استأجره على حفر بئر عشرة فى عشرة، فحفر خمسة فى خمسة، استحق ثمن الأجرة، ويظهر فى بادئ الرأى لمن لا يحسن الفقه والحساب: أنه يستحق نصف الأجرة؛ لأن الخمسة نصف العشرة.

ولو استأجره على عمل صندوق عشرة فى عشرة، فعمل خمسة فى خمسة، استحق ربع الأجرة.

وفقه المسألتين: أن البئر كلما ما نزل فيه ذراعًا، فقد شال من التراب بساطًا مساحته عشرة فى عشرة، وذلك مائة، فكل ذراع ينزله فى البئر - حينئذ - مائة، والأذرع عشرة، وعشرة فى مائة بألف ذراع، فالمستأجر عليه ألف ذراع، فلما حفر خمسة [فى خمسة][2] شال فى الذراع الأول بساط تراب خمسة فى خمسة، وذلك خمسة وعشرون، فكل ذراع من هذا المعمول خمسة وعشرون، والأذرع المعمولة خمسة، وخمسة فى خمسة وعشرين بمائة وخمسة وعشرين، فيكون مجموع

---

(١) فى ط: جاءتك.
(٢) سقط فى ط.

المعمول ذلك، ونسبته إلى ألف نسبة الثمن، فيستحق ثمن الأجرة.

وأما الصندوق: فليس ينقر، وإلا استوت المسألتان، بل ألواح يلفقها، فهو استأجره على ستة ألواح كل منها عشرة، وذلك دائره أربعة وقعره وغطاؤه اثنان، فكل لوح عشرة فى عشرة مائة، فالألواح ستمائة، عمل ستة ألواح، كل لوح خمسة فى خمسة، خمسة وعشرين، فجميعها مائة وخمسون، ربع الستمائة، فاستحق الربع من الأجرة.

وهاتان المسألتان من أنواع ما يلقى فى المطارحات على الفقهاء، وكم يخفى على الفقهاء والحكام الحق فى كثير من المسائل؛ بسببُ الجهل بالحساب والطب والهندسة، فينبغى لذوى الهمم العلية ألا يتركوا الإطلاع على العلوم ما أمكنهم ذلك.

فلم أر فى عيوب الناس عيبا كنقص القادرين على التمام(١)

الفصل الثانى: فى الضمان

وفى الجواهر: يد المستأجر يد أمانة على المعروف من المذهب، لأجل الإذن فى المباشرة؛ كالوكيل والمودع، وقاله الأئمة.

وقيل: ضامن؛ كالقابض فى البيع الفاسد. وأما يد الأجير على سلعة يؤثر فيها كالخياط ونحوه، فيده يد ضمان، عمل فى بيته أو حانوته، بأجر أو بغير أجر، يلقب بصنعته أم لا، إن انتصب للصنعة، وإلا فيده يد أمانة.

وقال الأئمة: لا يضمن إلا ما أهلك بفعله من الدق فى القصارة وغيره من حرفاته، لقوله - عليه السلام -: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ [نَفْسٍ مِنْهُ](٢)» ولأنه قبض لمنفعة الغير، فلا يضمن، كالمودع والوكيل والمساقى والمقارض.

والجواب عن الأول: المعارضة بقوله - عليه السلام -: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ»(٣).

(١) البيت لأبى الطيب المتنبى فى ديوانه (٢/ ٢٤٧).

(٢) فى أ: نفسه، والحديث أخرجه الدارقطنى (٣/ ٢٥)، والبيهقى (٦/ ١٠٠) عن عمرو بن يثربى، وأخرجه ابن حبان فى صحيحه (٥٩٤٦)، والبيهقى (٦/ ١٠٠) من حديث أبى حميد الساعدى.

(٣) تقدم.

وعن الثانى: لا نسلم أنه لم يقبض بحق نفسه، بل مستحق الأجرة، فوجب أن يضمن؛ كالقرض.

سلمنا صحة القياس، لكن المودع لم يؤثر فى العين تأثيرًا يوجب التهمة[١] على أخذه بسبب التغيير، وهو الفرق فى الوكيل، وأما المساقى فكذلك أيضًا؛ لأن الله - تعالى - هو منمى الثمار، وأما المقارض، فلو ضمن مع أن المال بصدد الذهاب والخسارة فى الأسفار، لامتنع الناس منه فتتعطل مصلحتهم[٢]، بخلاف السلع عند الصناع، فظهر الفرق.

ثم يتأكد ما ذكرناه: أن الخلفاء الراشدين - رضى الله عنهم - قضوا بتضمينهم، وإن لم يتعدوا، وقد قال - عليه السلام -: «عَلَيْكُمْ بِسُنَّتِى وَسُنَّةِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ مِنْ بَعْدِى»[٣].

ولأنه من المصالح، فوجب أن يكون مشروعًا، لنهيه - عليه السلام - عن الاحتكار، وتلقى الركبان، وبيع الحاضر للبادى[٤].

قال: وكذلك لو دعى إلى بيت رب السلعة؛ ليعمل له فيه، أو لازمها[٥] ربها لنفى التهمة؛ لأن يده يد أمانة حينئذ، وعلى هذا يختلف حاله باختلاف أرباب السلع، فيضمن لبعض دون بعض.

قال ابن يونس: قال مالك: ويضمنون، ولو قل العمل؛ كوضع زر فى ثوب أو رقعة، ولو كان ربه حاضرًا للفساد، أو غائبًا عنه إذا كان ذلك فى حوانيتهم، وهو خلاف ظاهر كلام الجواهر.

قال: ويضمن الكماد ما يقطعه بحضرتك من غير تفريط، فإن ساعدته فى الكماد، وكان الخرق منك، لم يضمن، أو منه، ضمن، أو أشكل الأمر، فهو منكما.

---

(١) فى ط: التخمة

(٢) فى ط: مصلحته.

(٣) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٠١) كتاب السنة: باب فى لزوم السنة (٤٦٠٧)، والترمذى فى السنن (٥/ ٤٤) كتاب العلم: باب ما جاء فى الأخذ بالسنة واجتناب البدع (٢٦٧٦) وقال: هذا حديث حسن صحيح. وابن ماجه (١/ ١٦) فى المقدمة: باب اتباع سنة الخلفاء الراشدين (٤٣)، وأحمد فى المسند (٤/ ١٢٦ - ١٢٧).

(٤) أخرجه البخارى (٤/ ٣٦١)، فى البيوع: باب النهى للبائع ألا يحفل الإبل (٢١٥٠)، ومسلم (٣/ ١١٥٥)، فى البيوع: باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (١١/ ١٥١٥).

(٥) فى ط: لازمه.

ويضمن الصناع إلا أن تقوم بينة بالهلاك من غير سببهم؛ لأنهم إنما ضمنوا للتهم، وضمنهم أشهب، وجعل أيديهم أيدى ضمان كالغاصب، سدًا للذريعة، فلا تقبل البينة عنده.

فإن شهدت البينة بفراغه قبل الهلاك، ضمنه يوم قبضه، وليس لربه إعطاء الأجرة، وتضمينه إياه معمولًا؛ لأن عمله له فلا يضمنه، فإن شهدت بفراغه وهلاكه، لم يضمن، ولا أجر له؛ لعدم التسليم للعمل.

وقال محمد: له الأجرة؛ لوضع الصنعة فى سلعة ربها؛ لأنه بيع منافع، ولو قامت بينة بهلاك المبيع قبل قبضه، لم يضمن، فكذلك ههنا.

قال اللخمى: الذى لا ينتصب[1] للعمل يصدق فى التلف والرد وطريان العيوب، ويستظهر باليمين، إلا أن يكون مبرزًا فى عدالته، فإن حدث العيب من سبب الصنعة ففى تضمينه قولان، صوابهما: عدم الضمان، إلا أن يعلم أنه غر من نفسه أو فرط، وللمنتصب فى دعوى التلف ثلاثة أحوال: إن غاب عليه، لم يصدق، وإن دعوته لعمل عندك، صدق، حضرت عند العمل أو غبت، وإن عمله فى حانوته بحضرتك، صدق - عند محمد - ؛ لانتفاء التهمة.

وقيل: لا؛ لأن يده يد ضمان؛ سدًا للذريعة.

ويختلف فى الطحان: هل يضمن قمحًا؛ لأنه المقبوض؟ أو دقيقًا؛ لأنه المستأجر عليه؟ وفى الفران: هل مثل العجين أو قيمته؟ والحامل للفرن ضامن وإن لم يكن صانعًا؛ لأن حامل الطعام يضمن لسرعة الأيدى إليه.

فرع: قال صاحب المقدمات: إذا اشترط عدم الضمان، ثلاثة أقوال:

المشهور: أنه لا ينفعه؛ لأنه خلاف مقتضى العقد، وكذلك المرتهن والمستعير.

وقال أشهب: ينفع؛ لأن الأصل: اعتبار العقود، ولأنه كان قادرًا على عدم التزامه، وإنما رضى بالمسمى[2]؛ لسقوط الضمان، وينفع فيهما؛ لأنه زيادة معروف، بخلاف الإجارة؛ لأنها مكايسة.

فرع: فى الكتاب: يصدق مستأجر الغنم والدواب إلى مكة ذاهبا وراجعا فى

---

(١) فى ط: يتنصب.

(٢) فى ط: المسمى.

ضياعها فى الابتداء؛ لأنه أمين. وعليه الأجرة؛ لأن [تسليم العين][١] تسليم المنفعة.

والأصل: بقاؤها عنده، كما أن الأصل: براءته من الضمان إلا أن يأتى ببينة على وقت الضياع، فلا أجرة؛ لعدم المنفعة، وإن أخبر رفقاؤه[٢] أنه أخبرهم بالضياع، حلف وسقطت الأجرة وقت الضياع؛ لأن ذلك مرجح لجهته.

وقال غيره: يصدق فى الضياع، ولا يلزمه من الأجرة إلا ما قال إنه انتفع به؛ لأنه أمين.

قاعدة: يقع التعارض فى الشرع بين أصلين وظاهرين، وأصل وظاهر، ودليلين، وبينتين، ويختلف العلماء أيهما يقدم؟

فالأصلان نحو: زكاة الفطر عن العبد الذى انقطع خبره، الأصل: بقاء حياته، والأصل: عدم وجوب الزكاة. والمقتول ملفوفًا، فينازع فى حياته قبل الجناية: الأصل: بقاء حياته، والأصل: البراءة من القصاص.

والظاهران[٣]: اختلاف الزوجين فى متاع البيت، كل واحد منهما يده ظاهرة فى الملك، فسوى (ش)، ورجحها بالعادة. وشهادة عدلين منفردين برؤية الهلال: الظاهر: صدق العدل، والظاهر: عدم خفاء ذلك على الناس مع الصحو وكثرة الجمع، قبلها مالك، وردها سحنون.

والأصل والظاهر: كالمقبرة القديمة: الأصل: عدم النجاسة، والظاهر: اختلاط ترابها بصديد الأموات وفضلات بطونهم. والخلاف فى جميع هذه الصور مذكور فى موضعه، بناء على هذه الأصول، فتلاحظ هذه القاعدة فى هذه الفروع.

قال ابن يونس: قيل: نقض ابن القاسم وغيره أصلهما، إذا استعار دابة إلى موضع، فلما رجع قال ربها: أعرتها لدون ذلك - صدق ابن القاسم المستعير فى الضمان لا فى الكراء.

فرع: فى الكتاب: إذا اكترى قصعة، يضمنها إلا أن يقيم بينة على ضياعها للتهمة.

---

(١) فى أ: سلم العلى.
(٢) فى ط: رفقاءه.
(٣) فى ط: الظاهر: أن

قال ابن يونس: قال محمد: يضمن فى دعواه الكسر؛ لأنه قادر على تصديق نفسه بإحضار الفلقتين، ويصدق إلا أن يقول: سرقت الفقلتان، أو تلفتا فيصدق، وإن كان بموضع يمكن إظهارهما، لم يصدق، وإلا صدق فى الضياع؛ لأنه أمين يعجز عن تصديق نفسه.

فرع: فى الكتاب: يصدق فى ضياع الثوب، [وغصبه وسرقته؛ لأنه أمين إلا أن يتعدى أو يفرط.

قال اللخمى: قال سحنون: لا يصدق فى ضياع الثوب][1] ونحوه، وقاله أشهب فى الجبة[2]؛ للتهمة.

قال: والمذهب أبين؛ لأن الرقاب فى يديه أمانة.

ولو قال: احترق الثوب ولم يأت منه بشىء، لم يصدق؛ لقوة التهمة بذلك، ولو قال بعد الأخذ: ضاع قبل ذلك، لا يصدق عند ابن القاسم إلا ببينة تشهد: أنه ذكر ذلك قبل ذلك فيحلف، وعليه من الأجرة إلى وقت سماع ذلك منه؛ لاستيفاء المنفعة إلى ذلك الوقت.

وقال أشهب: يصدق، وعليه من الأجرة ما أقر أنه انتفع به؛ لأنه أمين.

قال: والأول أحسن إذا لم يكن فى سفر، وإلا صدق مع يمينه.

فرع: فى الكتاب: لا ضمان على الراعى إلا أن يتعدى أو يفرط؛ لأنه أمين، وإن استرعى عبدًا بغير أذن سيده فتعدى، فليس على سيده ولا فى رقبته؛ لتعدى رب الغنم فى استعماله، وإن شرط على الراعى الضمان، فسدت الإجارة؛ لمناقضة العقد، ولا ضمان عليه، وله أجرة المثل وإن زادت.

وقال غيره: لا يزاد على التسمية، لرضاه بها، ومن المحال أن تكون أكثر؛ لأن شرط الضمان له حصته من التسمية.

قال ابن القاسم: وكذلك إن شرط عليه إن لم يأت بالتسمية[3]: ما مات ضمنه - له أجرة المثل بغير ضمان، وإذا خاف على شاة فذبحها - لم يضمن؛ لأنه حافظ للمال على الضياع، ويصدق إذا جاء بها مذبوحة؛ لأن ذلك يكثر فى الرعى.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ، ط: الجفنة.
(٣) فى أ: به سمية.

وقال غيره: يضمن ما نحر؛ لأنه من فعله، ويصدق فيما هلك أو سرق.

ولو قال: ذبحتها ثم سرقت، صدق؛ لأنه أمين، وإن أنزى على الإناث بغير إذن فعطبت، ضمن؛ لعدم تناول الإذن لذلك.

وقال غيره: لا يضمن؛ لأنه شأن الرعاة، وتنمية للمال.

وإن شرط الرعاية فى موضع، فرعاها فى غيره، ضمن يوم التعدى، وله الأجرة إلى يوم التعدى.

قال ابن يونس: إذا استأجره على مائة شاة، ولم يقل: بأعيانها، فله خلف ما مات، وإن كانت بأعيانها، امتنعت الإجارة حتى يشترط الخلف إن ماتت أو باعها.

وقال سحنون: الحكم يوجب الخلف فيستغنى عن الشرط.

قال ابن حبيب: الأمر على الجواز حتى يشترط عدم الخلف.

قال سحنون فى الراعى المشترك شردت منه شاة، فيطلبها قليلًا، ثم يرجع؛ خشية هلاك غيرها: ليس بتفريط.

قال ابن حبيب: ولا يضمن إن نام فضاعت الغنم، إن نام نهارًا فى أيام النوم إلا أن يأتى بما ينكر من ذلك، أو يكون بموضع خوف، وإذا فعل ما يجوز فعطبت منه؛ كضرب الرعاة، فلا ضمان، خلافًا لـ (ح)، وإلا ضمن، قاله ابن القاسم.

وقال ابن حبيب: إذا رمى شاة أو بقرة ففقأ عينها، ضمن ما ينقصها؛ لأن العمد والخطأ فى أموال الناس سواء، ولا إذن فى هذا.

قال اللخمى: إذا شرط عليه الضمان فرعى، فله الأكثر من المسمى أو أجرة المثل؛ لوجود الرضا واستيفاء العمل.

وقيل: المثل فقط؛ كالبيع الفاسد، ويجرى فيه أقوال: إن الشرط جائز، يضمن إن لم يأت بالتسمية[1]؛ لأنه قادر على ذلك كما قال أشهب فى الجفنة إذا ادعى الكسر ولم يأت بفلقتيها، بخلاف أن يقول: سرقت أو ضلت.

وقال ابن حبيب: إذا استعار ثورًا للحرث فذبحه، وادعى الخوف عليه، ضمنه، إلا أن يأتى بلطخ ظاهر، بخلاف الراعى؛ لأن الراعى فوض إليه النظر، ولو ذبح الراعى مريضة صدق، قولًا واحدًا.

---

(١) فى ط: بالسمة.

قال الأبهرى: لو ذبحها وادعى خوف الموت عليها، ففى تضمينه روايتان، ولو أكلها وادعى خوف الموت، ضمن اتفاقًا؛ لقوة التهمة.

فرع: فى الكتاب: إذا اتخذ المكترى فى الدار تنورًا يجوز له، فاحترقت الدار وبيوت الجيران، لم يضمن؛ لأنه فعل ما يجوز له كالموت من علاج الطبيب، أو التعزير أو القصاص المأذون فيه، فإن فات شرط عدم النار فأوقد ضمن؛ لأنه متعد.

قال اللخمى: لا يضمن إذا كانت العادة نصب التنور فى مثلها، ووقد وقود مثله، وإلا ضمن، فإن جهلت زيادة الوقود:

فقيل: يضمن؛ لأن الغالب ألا[1] يكون إلا عن زيادة الوقود.

وقيل: لا؛ لأن الأصل: عدم التعدى.

فإن شرط عدم الوقود، ضمن الدار وحدها إذا كان الوقيد لو أذن فيه لم يكن للجار مقال؛ لأن التعدى خاص بالدار، وإلا ضمن كل ما احترق.

فرع: فى الكتاب: إذا زدت على الدابة ما لا يعطب مثله، فعطبت - لم تضمن، وله كراء الزيادة على الشرط، وقاله الأئمة، وإن كان يعطب مثله، خير بين كراء المثل فى الزائد ما بلغ مع الكراء الأول، أو قيمة الدابة يوم التعدى، ولا كراء له؛ لوجود سببى ذلك، وتعين الضمان - عند الأئمة - للتعدى. وما قلناه أولى؛ لأن العقد وقع صحيحًا، فلا يجزم بالغاية. نعم لا يجمع له بين البدل الذى هو القيمة، والمبدل الذى هو منفعة العين التابعة للعين المأخوذ البدل عنها، والرديف كالزيادة، وأما زيادة الحاج فى وزن الزاملة أكثر من شرطه مما يعطب مثله، فلا ضمان؛ لأن الحاج عرف بذلك إذا كان المكرى رأى ذلك.

قال ابن يونس: الزيادة اليسيرة بخلاف الزيادة فى المسافة؛ لأنه تعدى فى المسافة وإن قلت، واجتمع فى الحمل إذن وتعد، وقيل فى زيادة اليسير فى الحمل: عليه الكراء الأول، وفضل الضرر، كمن حمل أثقل فإنه يكون له فضل الضرر.

وقيل: يضمن فى زيادة الحمل اليسيرة كزيادة المسافة، بجامع التعدى.

وفى الكتاب: إذا اكترى للحنطة فحمل شعيرًا أو سلتا، لم يضمن، فإن حمل رصاصا أو حجارة بوزن ما اكترى فعطبت، ضمن؛ لأن هذه تعقر الدابة، ولو استوى

---

(١) فى ط: لا.

الوزن بفرط اليسير، وإذا أكريت مثلك فى الخفة والأمانة، لم تضمن، وإلا ضمنت، وإن أكريت غير مأمون، فادعى تلف الدابة، لم يضمن الثانى إلا أن يأتى بما لا يشبه، أو يظهر كذبه، ويضمن الأول بتعديه، مع أن الكراء من الغير مكروه؛ لأن الأول قد يكريك لحسن حالك، وأما فى الموت فللورثة حمل مثله.

قال ابن يونس: قال محمد: يجوز أخذ الربح فى الدواب، والسفن، والمتاع، والصناع فى مثل ما اكترى، ويكره فى الركوب إلا أن يقيم، أو يموت.

قال ابن حبيب: يجيز مالك ذلك فى الأحمال إذا كان رب الدابة معها يتولاها، وإلا كره لمثل الركوب؛ لاختلاف سوق الناس، إلا أن يكون المكترى ممن يتولى سوقها بنفسه، وعلم ذلك المكرى.

وفى الكتاب: متى حمل على الدابة أضر، فربها مخير بين كراء دابته فى فضل الضرر أو قيمتها، وكذلك إذا طحن على الرحا أصلب مما استأجرها له.

قال ابن يونس: وصفة كراء فضل الضرر: أن له الكراء الأول وما يزيد الحمل الضار؛ صونًا لما فى العقد الأول من توافر أجره، وقيل: كراء الثانى ما بلغ؛ لأنه الذى استوفيت به المنفعة.

قال ابن ميسر: إذا اكتراها أيامًا معينة فاستعملها فى دون ما اكتراها، فعليه الكراء الأول، وفى أكثر منه، انفسخ الأول بمضى الأيام، وعليه كراء المثل ما لم يكن أقل من المسمى.

وفى الكتاب: إن اكتراها من مصر إلى برقة ذاهبًا وراجعًا، فتمادى إلى إفريقية، ثم إلى مصر - خير فى أخذ كرائها من برقة إلى إفريقية ذاهبًا وراجعًا مع الكراء الأول، ونصف الكراء الثانى[1] مع قيمتها يوم التعدى، ردها بحالها أم لا؛ لأنه ساقها وحبسها عن منافعها.

قال الأبهرى: لو اكتراها على أن يردها من يومها، فحبسه المطر أيامًا - فعليه الكراء بذلك الموضع المحبوس فيه؛ لتقوية المنافع تحت يده.

فرع: فى الكتاب: إذا زدت ميلًا فعطبت، فله الكراء الأول ويخير فى قيمة كراء المثل، أو قيمة الدابة يوم التعدى، وضمنه (ش)، وأحمد فى الدابة أجرة المثل،

---

(١) فى أ: الأول.

ولم يضمنه (ح) ؛ لأن المنافع عنده لا تضمن بالغصب، وضمنه الأئمة الدابة فى العطب من غير تخيير لفسخ التعدى موجب العقد عنده.

لنا: ما تقدم فى زيادة الحمل، ولو ردها بعد الأميال، أو حبسها اليوم ونحوه، لم يضمن إلا كراء الزيادة، خلافًا للأئمة؛ كذهاب العيب يسقط القيام به.

والأئمة تقول: اشتغلت الذمة بالقيمة فلا تبرأ إلا بالدفع، والرد للدابة ليس بدفع للقيمة، وإن حبسها شهرًا أو ردها بحالها، فله الكراء الأول [ويخير][1] فى قيمتها يوم التعدى، وكراء ما عملت فى زمن الحبس بغير عمل، وإن لم تتغير.

وقال غيره: إن كان حاضرًا معها، فله فيما حبست بحساب الكراء الأول؛ لأنه رضى بذلك، أو غائبًا ورددتها بحالها، فله فى الزيادة الأكثر من الكراء ذلك، أو بحساب الكراء الأول، حملت عليها شيئًا أم لا؛ لتفويتك المنافع بذلك، أو قيمة الدابة يوم حبسها، وكراء الأول له فى كل حال؛ توفية بالعقد.

قال ابن يونس: قال فى الكتاب: نحو الميل، وقال محمد: يضمن ولو بخطوة؛ لتحقق التعدى، عمدة المشهور: أن العادة: المجاوزة اليسيرة.

وقيل: إذا حبسها أيامًا بعد فراغه وربها حاضر، ولم ينكر، فهلكت لا يضمنها - على قول ابن القاسم - وإن وجب عليه كراء المثل؛ لأنه كان قادرًا على أخذها.

وقال سحنون: إذا ردها إلى الموضع الذى أمر بالبلوغ إليه، ثم ماتت فى الطريق، فلا ضمان عليه؛ كراد الوديعة بعد تسلفها؛ وكمن زاد فى الحمل المشترط وحمل الزيادة منفردة ضمن الدابة، وإن كان الزائد لا يعطبها مثله كزيادة المسافة؛ لأنه تعد صريح بخلاف حملها مختلفة، وكذلك إذا زاد بعد فراغ الثور من الطحن يسيرًا لا يعطب فى مثله، هو كزيادة المسافة لتمحض العدوان.

فرع: فى الكتاب: لا يضمن حامل الدهن والطعام إذا هلك بالعثار، أو رفس[2] الدابة، أو انقطاع الحبل إلا أن يغر بذلك؛ لأن أصله على الأمانة، وضمنه (ح) بالعثار والزلق، والعمد والخطأ فى أموال الناس سواء.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى أ: ربض.

وجوابه: أن ذلك مع عدم الإذن ويد الأمانة، أما معهما فلا يضمن إلا بالتعدى.

ولا يصدق فى ذهاب الطعام والإدام إلا ببينة، خلافًا للأئمة؛ للتهمة فيها، فالتضمين من المصالح العامة كما تقدم تقريره فى تضمين الصناع.

فرع: لا يضمن حارس الحمام الثياب؛ لأنه أجير.

قال اللخمى: ضمنه مالك فى كتاب محمد، إلا أن يأتى بحارس، ولم يضمن الحارس، وضمنه ابن حبيب؛ لأنه أجير مشترك، ولو أخذ الأجرة من صاحب الثياب، لم يضمن أيضًا؛ لأنه أمين كالمودع يأخذ أجرًا، إلا أن تظهر منه خيانة، ولا يضمن سائر الحراس، وهم أولى بعدم الضمان من حارس الحمام؛ لأن رب الثياب لم يقمه ولم يختره بل صاحب الحمام.

قال ابن يونس: قال مالك: إذا استؤجر على تبليغ جارية فنام فى الطريق، فأبقت أو ماتت، يحاسب فى الإباق، وله الأجرة كاملة فى الموت.

وقال ابن القاسم: يستعمل فى مثل ذلك حتى تتم.

وقال ابن وهب: له من الأجرة بقدر ما بلغ فقط.

فرع: فى الكتاب: لا يضمن أجير الخدمة بالكسوة[1] أو طعام عمله إلا أن يتعدى؛ لأنه مأذون له فى التصرف فى البيت.

فرع: فى الكتاب: إذا أقر بقبض المتاع، وقال: عملته ورددته، ضمن، إلا أن يثبت رده، وإلا حلفت وأخذت قيمته بغير صنعة.

قال ابن يونس: إذا قال مكترى ما يغاب عليه: رددته، صدق مع يمينه، كما يصدق فى تلفه، أخذه ببينة أم لا، بخلاف العارية والقراض؛ لاختلاف العوائد فى الرد بغير إشهاد. وسوى أصبغ بين الكراء والقراض والوديعة فى التصديق، إلا أن يأخذ ببينة؛ لأن الغالب أن المشهود عليه لا يرد إلا بشهادة.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترطت نسج غزلك تسعة فى خمسة، فعمل ستًا فى خمس - خيرت بين أخذه وله الأجرة كاملة، وبين تضمينه قيمة الغزل؛ لتعديه.

وقال غيره: بل يحاسب بما عمل إن أخذت؛ لتنقيصه المعدود عليه، وعليه مثل الغزل إن ضمنت؛ لأن الغزل مثلى موزون.

---

(١) فى ط: مَا كَسَوْهُ.

قال صاحب التنبيهات: قوله: يعطى الأجر كله، قيل: معناه: إذا أدخل الغزل كله فى الثوب، وقيل: معناه: إذا قال: اعمل هذا الغزل فدخل جميعه، فحينئذ له الأجر كله، أو اعمل من هذا الغزل ثوب كذا، فإن عجز زدتك، فيصنع أقل أو خلافه، وأدخل الغزل كله، فبحساب ما عمل.

قال صاحب النكت: قيل: معنى: يعطى بحساب ما عمل: يسقط من المسمى ما بين العملين من أجرة [المثل].

وقال ابن مسلمة: لو تعدى بالزيادة، فعلى قول ابن القاسم - الذى يرى النقصان كالعيب حتى يعطيه الأجرة كلها - لا أجرة له فى الزيادة، وعلى قول الغير - الذى يجعل النقصان كنقص الطعام - تكون له أجرة الزيادة.

وقيل: إن زاد متعمدًا فلا أجرة له؛ لأنه سمح بعمله، وإلا فأجرة المثل مع المسمى.

قال ابن يونس: إذا عدم[1] المثل، عليه نسجه بالأجرة الأولى؛ توفية بالعقد، فإن عدم مثله فقيمته، وهو مصدق فى صفته مع يمينه، وتنفسخ الإجارة.

وقال أصبغ: لا تنفسخ، ويأتى رب الغزل بمثله ينسجه له، وليس الغزل متعينًا حتى لا يمكن بدله.

قال محمد: ولو كان كذلك لم تجز الإجارة، والصانع مصدق فى مخالفة الشرط؛ لأنه مدعى عليه الغرامة، وإذا زاد عامدًا، فلا أجرة له، أو غالطًا وأراد ربه أخذ الزيادة، دفع الزيادة مع الأجرة، وإلا إن كان ينقسم بغير ضرر قطعت له الزيادة، وإن أضر ذلك بأحدهما، كانا شريكين، إن لم يرض بدفع الأجرة، وإذا قاسمه أو شاركه، غرم مثل ما دخل الزيادة من الغزل.

قال مالك: ويصدق الصانع ههنا فى المخالفة، بخلاف بناء البيت مقاطعة، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان، ويبدأ البناء باليمين؛ لأنه صانع[2]، وينقض بناؤه ويأخذ نقضه، وإن أراد أن يبنى ما قاله خصمه فذلك له، والفرق: أنه لم ينجز[3] ما عمل، والحائك حاز، فصدق.

(١) فى أ: غرم.
(٢) فى أ: بائع.
(٣) فى ط: يجر.

قال اللخمى: استأجره على رداء فعمل عمامة، له أخذ العمامة بأجرة المثل، إلا أن يقر الصانع: أنه عملها على المسمى، ويكون على المستأجر الأقل من المسمى وأجرة المثل، فإن دفع المسمى، لم تبق بينهما إجارة؛ لأنه وفّى بالعقد، أو أجرة المثل، عاد الخلاف فى نسج العقد، ولو استأجره على صياغة فصاغ خلافها، خير الصائغ بين إعادة صيغته كما استؤجر عليه بعد التصفية من اللحام المخالط، أو يغرم مثل الذهب، ويصوغه ثانية، إلا أن يكون فاسد الذمة، فلصاحبه جبره على كسره وإعادته، ولا يلزمه أخذ المثل.

فرع: فى الكتاب: إذا ضاع الثوب بعد القصارة، ضمنه يوم القبض، وليس لك إعطاء الأجرة، وتضمينه إياه معمولًا؛ لأن الصنعة لم تصر[1] فى حوزك حتى يضمنها، وإذا دعاك إلى قبض الثوب فلم تأخذه، فهو ضامن حتى يصل إليك، وإذا أفسد الخياط فى قطعه فسادًا يسيرًا، فقيمة ما أفسد.

قال اللخمى: قوله: هو ضامن حتى يصل إليك، وإذا أفسد الخياط فى قطعه، يريد: إذا لم يحضره، فلو أحضره ورأيته مصنوعًا على شرطك، وقد دفعت الأجرة، ثم رأيته عنده، صدق فى الضياع لخروجه عن الأجرة إلى الإيداع، وإذا ضمن، فالمذهب: يوم القبض؛ لقوله - عليه السلام - «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ» فأشار إلى وقت الأخذ.

وقيل: إلى آخر وقت رُئى[2] عنده.

وأصل محمد: إذا ثبت الفراغ ببينة، للصانع الأجرة؛ لتسليم الصنعة بوضعها فى الثوب، فيكون له دفع الأجرة، وتغريمه قيمته مصبوغًا، ولو باع الثوب، كان الجواب على ما تقدم من الصناع، فعلى المذهب: يخير بين إجازة البيع وتضمينه القيمة يوم القبض، ويكون لك من الثمن ما ينوب الثوب غير مفروغ.

وعلى القول الآخر: لك تضمينه القيمة يوم البيع غير مصنوع، أو ما ينوبه من الثمن.

وعلى قول محمد: لك دفع الأجرة وأخذ جملة الثمن.

---

(١) فى ط: تضر.

(٢) فى ط: ريىء.

فرع: قال اللخمى: لو صبغه على غير الصفة: فإن أمكن نقله إلى الصفة فعل، وإلا فإن نقصت، فلك قيمة النقص دون قيمة الثوب. إن كان النقص يسيرًا، فعليك الأقل من الزيادة أو الأجرة؛ لأن لك التمسك بالعقد، وعدم التمسك للمخالفة. أو لم يزد ولم ينقص، فلا شيء عليه، هذا إن كانت المخالفة فى نوع الصبغ؛ كالأزرق مع الأكحل، فإن صبغه أكحل وشرط أحمر، خيرت بين قيمة الثوب وأخذه، ودفع قيمة الصبغ، ويصح جريان الخلاف المتقدم. وينظر: هل زاد الصبغ أم نقص؟ لأن لك التمسك بملكك فى الثوب. فإن كانت الصنعة قصارة فقصره أسود، فالقول قول من دعى إلى تكميل القصارة، فإن عجز عن التكملة غرم قيمته أسمر.

قال سحنون: إلا أن يكون التغيير يسيرًا، فقيمة ذلك العمل ناقصًا.

قال اللخمى: تقوم الصفة المشترطة والمعمولة، فيحط من المسمى قدر ذلك، إلا أن تكون زيادة الصنعة على قيمته أسمر أقل، فلا يكون عليه شراء ما زادت القيمة، أو تكون قيمته مصبوغًا أقل منه، فعلى الصانع ما نقصت قيمته، ولا يغرم له شيئًا؛ لأنه أفسده.

ولو كانت الصنعة خياطة فخاطه مقلوبًا، ومتى نقص وأعيد زال النقص، فالقول قول من دعى إلى نقصه؛ لأنه مقتضى العقد وإن لم يتعين نقصه؛ لتعارض عيب القلب وعيب الفتق، خيرت بين تبقيته وفتقه، وإلزامه بخياطته، وإن كان أشد فتقه لعيبه قدم على[1] الفتق، ويغرم ما نقصت قيمته الآن؛ دفعًا لمزيد الضرر عنه، إلا أن يلتزم ألا يغرمه أكثر من عيبه قبل الفتق، فيجبر هو على إعادته؛ توفية بالعقد.

وإن كان الفساد لرداءة الخياطة، فلك إلزامه بفتقه وإعادته بخياطة مثله، وعليه الأقل من نقصه الآن وما ينقص بعد الفتق، ولا أجرة له فى الخياطة؛ لأنها دخلت فى القيمة، وجبر بها النقص، وإن حدث عيب من غير الخياطة، فقيمة العيب [قبل الخياطة][2].

وإن كانت الصنعة بناء فأخطأ فيه، فعليه هدمه وإعادته، وقيمة ما أتلف من جير وغيره، ولك إبقاء البناء ولا أجرة له؛ لأن لك نقضه.

---

(١) فى ط: عدم.
(٢) سقط فى أ.

فرع: فى الكتاب: يضمن الصانع قيمة ما أفسد أجيره، ولا شىء على الأجير إلا أن يتعدى أو يفرط؛ لأنه بمنزلة الصانع عند رب السلعة.

قال ابن يونس: قال أشهب: إذا كان الغسال يبعث بالثياب إلى البحر مع أجرائه، والخياط يذهب أجراؤه بالثياب إلى بيوتهم - ضمنوا؛ لأنهم كالصانع يغيب على السلعة.

قال ابن يونس: ذلك إذا أجرهم على حمل الثياب مقاطعة، فإن دفعت الأجرة له، ولم يدفع لأجيره أجره، فلك أخذ ثوبك من أجيره. قاله بعض المدنيين.

قال: والأشبه: ألا يأخذه حتى يدفع الأجرة له؛ لأنك لست مستحقًا لغير تلك الصنعة.

قال اللخمى: إذا ضمنا أجير الأجير فلك تضمين الأجير، ولك أخذ أكثر القيمتين يوم قبض هذا أو قبض ذلك، فإن كانت قيمته يوم قبض الثانى أقل، رجعت بتمامها على الأول؛ لأن الثانى غريم غريم.

فرع: فى الكتاب: إذا لم يفرط الفران فى إحراق الخبز ولا غر من نفسه - لم يضمن؛ لغلبة النار عليه، وإلا ضمن.

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: ذلك إذا بقى من الخبز شىء يدل على احتراقه، أما لو ذهب جملة، ضمن؛ للتهمة.

فرع: فى الكتاب: إذا دفع القصار ثوبك لغيرك بعد القصارة، فخاطه لك غيره يرده ويضمنه ثوبك، أو تأخذه مخيطًا وتدفع أجرة الخياطة لمن خاطه؛ لأنه عمل فى ثوبك، ولأنه غير متعد، نقص أو زاد. ولا شىء على القصار، ولك أخذ ما خاطه الغاصب بغير شىء؛ لتعديه.

قال صاحب التنبيهات: يروى فى المدونة فى مسألة القصار إن امتنع من دفع الخياطة قيل للآخر: اعطه قيمة ثوبه، أو سلمه إليه مخيطًا، فإن دفعه، خير ربه بين أخذه وتضمين القصار ثوبه؛ لأنه سبب القطع.

وقال سحنون: إن امتنع من دفع الخياطة لم يكن له إلا تضمين القصار القيمة، ويعطى القصار الخياطة للخياط، فإن امتنع، أعطاه الخياط قيمته غير مخيط، فإن امتنع، كانا شريكين بقيمة الثوب والخياطة.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا غلط الغسال فدفع لرجل غير ثوبه، فلبسه

فنقصه بلبسه غير عالم، ينظر: كم نقصه لبسه؟ وكم ينقص ثوبه لو لبسه؟ فإن زاد هذا اللبس غرم الزائد، ويغرم الغسال البقية؛ لأنه بجنايته، فإن نقص: غرم اللبس، ولا شيء على الغسال؛ لأخذ الأرش من غيره، ولو لبسه عالمًا، غرم ما نقصه اللبس مطلقًا دون الغسال، إلا أن يكون عديمًا، فيغرم الغسال ويتبع ذمة اللابس. فإن لبس كل واحد منهما ثوب صاحبه، فكما تقدم فى العلم والجهل، قاله ابن حبيب.

والفرق بين هذه، وبين من أثاب من صدقة طعامًا فأكله، أو ثوبًا فلبسه، ثم قيل له: إن الصدقة لا ثواب فيها، فلا شيء عليه، وإن كان كل واحد منهما صون مال نفسه أن المثيب سلط على مال نفسه، والغسال سلط على مال غيره.

فرع: فى الكتاب: إذا غلط البائع فدفع إليك غير ثوبك، فقطعته قميصًا، فله أخذه بغير شيء، فإن خطته دفع إليك قيمة الخياطة؛ لأنك لم تتعد.

قال صاحب النكت: لا يكونان شريكين - عند ابن القاسم - ههنا، وفى مسألة القصار، بخلاف استحقاق الثوب بعد الخياطة؛ لأنهما مفرطان فى التسليم، والمشترى لم يفرط فيشارك.

وسوى سحنون فى الشركة بالقياس على الاستحقاق بعد الخياطة، أو الصنعة فى الثوب، أو البناء فى الأرض؛ لأن هؤلاء بسطوا أيديهم فى أملاكهم فى ظنهم.

والفرق - عند ابن القاسم - بين الرد على البائع الغالط يرد عليه بغير شيء للقطع، وبين الرد بالعيب بعد القطع لا يرد إلا بنقص القطع فى غير المدلس: [أن الراد][1] بالعيب يمكنه التمسك، فلما رد ألزم بالقطع.

فرع: فى الكتاب: إذا قال لك الخياط: هذا الثوب يكون قميصًا، فاشتريته ولم يكن، لزمك، ولا شيء عليه؛ لأنه أخبر عن اجتهاده. وكذلك الصيرفى يقول: الدينار جيد، فيظهر خلافه، فإن غرّا من أنفسهما عوقبا ولم يغرما.

وقال (ش)، وأحمد: إن قلت: انظر إن كان يأتى قميصًا، فقال: نعم، فقلت: اقطعه، فقطع فلم يأت - لا يضمن، وإن قلت: إن كان يأتى قميصًا فاقطعه، ضمن.

والفرق: أنك شرطت فى إذنك كونه قميصًا، والأول لم يشترط فيه شيئًا، فلم يضمن.

---

(١) فى ط: أن المراد.

قال ابن يونس: عن ابن القاسم: إذا غرّ عوقب، ويرد الأجرة.

وعن مالك: يضمن ولا أجر له؛ لأن الجاهل لا يستحق أجرًا.

وعنه: يضمن وله الأجرة لعمله.

قال ابن دينار: الأجير على النقد لا يضمن إذا أخطأ فى اليسير الذى يخطأ فى مثله، وإلا ضمن؛ لتقصيره، فإن كان جاهلًا وأنت تعرفه جاهلًا، لم يضمن؛ لأنك رضيت بجهله، وإلا ضمن إن ادعى العلم، ولكليهما الأجرة.

قال اللخمى: إذا قلت للخياط: إن كان قميصًا فاقطعه وإلا فلا، ضمن اتفاقًا؛ لأنه غرور بالفعل، والأول غرور بالقول. والأحسن: رد التعدى[١] على البائع فى المسألة الأولى؛ لأنه لو علم أنه لا يكون قميصًا لم يشتره، لا سيما إذا كان البائع عالمًا بذلك، إلا أن يكون حدث المشترى مع الخياط فى غيبة البائع.

ولو قال: دلنى على جارية فلان لأشتريها؛ لصنعة بلغته، فدله على غيرها، فاشتراها ولم يغر، لم يضمن.

واختلف فى الجعل: فإن غر لم يكن له جعل، واختلف فى ضمانه: فإن كان البائع عالمًا بذلك، فلك الرد عليه.

ولو استؤجر على الدلالة على طريق، فدل على غيرها ولم يغر:

ففى كتاب محمد: له الأجرة؛ لأنه عمل.

وخالف أشهب؛ لأن العمل المستأجر عليه لم يعمله، بل غيره.

فإن ضل فى بعض الطريق، وهو على البلاغ، فلا شىء له، وإن غر من نفسه فلا أجرة، وهل يضمن ما هلك بخطأه من بهيمة وغيرها؟ لأنه غرور بالفعل.

فرع: فى الكتاب: إذا علم أنه قرض الفأر، أو قامت البينة، لم يضمن.

قال ابن يونس: عن مالك: إذا ثبتت السرقة، وقال: ذهب المتاع مع ما سرق، لم يصدق؛ لأن الأصل: ضمانه حتى يثبت عدم التهمة، ولو رئى[٢] محروقًا، ضمن، حتى يعلم أن النار من غير سببه.

فرع: قال ابن بشير - فى نظائره -: أربعة يضمنون ما يغاب عليه إلا أن تقوم

---

(١) فى أ: النقد.

(٢) فيط: ريىء.

بينة:

المرتهن، والمستعير، والصانع، والأجير.

فرع: فى الكتاب: إذا خرق الحطاب الثوب على حبل الصباغ، ضمن دون الصباغ؛ لأنه مباشر، والصباغ غير متسبب.

قال ابن يونس: قال ابن نافع: إلا أن يعلقه فى موضع معروف [بممر الحطاب][1] فيضمن له الحطاب.

ولو حملت الريح الثوب فألقته فى قصرية صباغ، فزاد ثمنه - تحاصا فى الثوب، أو نقص، فعلى القصار ما نقصه، ولا شىء على الضباغ، قاله أشهب؛ لأنه لم يتسبب.

وقيل: إذا ثبت ببينة لا يضمن القصار، إلا أن يعلقه فى ريح شديدة.

قال سحنون: إذا زاد الصبغ فهو شريك بالزيادة، ويباع لهما، أو نقصه، لم يضمن أحدهما للآخر شيئًا، ولو سقط من يد ربه، ضمن قيمة الصبغ؛ لأن الخطأ فى أموال الناس كالعمد - إجماعًا - زاد أو نقص.

فرع: قال ابن يونس: قال أشهب: إذا طحن على أثر الحجارة، ضمن مثل القمح، إلا أن يعلم ربه بالحجارة، ويضمن حمال الطعام مثله فى الموضع الذى اكترى إليه، وله أجره.

قال ابن القاسم كقوله فى الطحان: يضمن القمح دقيقًا بريعه، وإذا ضاع القمح بوعائه عنده، ضمن القمح دون الوعاء، وكذلك لوح الخبز عند الفران، وجفن السيف عند الصَّيْقَل[2]؛ لأن هذه الأشياء لا يغيرونها بصنعتهم.

قال محمد: يضمن المثال الذى يعمل عليه؛ لأنه من الضروريات للناس؛ كالمصبوغ.

وقال سحنون: لا يضمنه؛ لأنه لا يغيره، ولا الكتاب الذى ينسخ منه.

قال ابن حبيب: لا يضمن لوح الخبز إن سرق فارغًا، أو بالخبز ضمنه؛ لأنه لا غنى للأقراص عنه إلا أن يؤتى بالخبز فيقرصه ويخبزه، ويضمن الصحاف فارغة أو

---

(١) فى ط: بمر الحطب.

(٢) فى أ: الصقيل.

مملوءة، ويضمن الطحان وعاء القمح، فارغًا أو مملوءًا.

فرع: قال ابن القاسم: إذا دفعت إليه ذهبًا، فقطع منه مثقالًا يعمله خاتمًا، فقال: ذهب قبل القطع أو بعده - فلا يضمن إلا المثقال؛ لأنه صانع فيه. ولو أعطاه خفين ليصلح أحدهما، لا يضمن إلا المعمول.

فرع: قال: إذا دفع القصار الثوب إلى قصار آخر وهرب، وقد قبض الأجرة، فلك أخذ الثوب بلا غرم، ويتبع الثانى الأول؛ لأنك لم تأذن.

قال ابن ميسر: هذا إن قامت بينة بدفع الأجرة، وإلا حلف الثانى: ما قبض أجره، ودفع له الأقل من أجرة المثل أو أجرة الأول، ويتبع الأول[1] ببقية أجرته.

فرع: قال اللخمى: لا يضمن الصانع ما حدث عن صنعه، إذا كان الغالب حدوثه؛ كالرمح يقومه، والقوس يغمره، والفص ينقشه، إلا أن يغر أو يفرط، قاله مالك، وابن القاسم؛ كاحتراق الخبز عند الفران، والغزل عند المبيض، وضمنه ابن عبد الحكم فيهما.

فرع: قال: إذا قلت: أسلمه بعد الفراغ لغسال أو مطرز، فقال: فعلت، وأنكر الآخر أو صدقه، وقال: ضاع عندى - صدقه عبد الملك؛ لأنه وكيل فى الدفع، ولم يصدقه أصبغ؛ قياسًا على دعوى الرد.

ويختلف إذا صدقه فقال: ضاع منى، وقبول قوله أحسن، فيحلف الصانع: لقد سلمه إليه، ويحلف الآخر: لقد ضاع، وتكون مصيبته من صاحبه، إلا أن يكون الثانى منتصبًا فيضمن. وإذا قال الحمال: أسلمت الخبز للفران، حلف الفران وضمن الحامل؛ لأن الأصل: عدم وصوله إليه، وإن قال الفران: رددته للحمال، وكذبه حلف الحمال، وضمن الفران؛ لأن الأصل: عدم الرد.

فرع: قال: إذا كان الفساد من الصانع بتفريط، ومن الأجنبى - طالبت أيهما أردت، فإن أخذت الصانع رجع على الأجنبى؛ لأنه تعدى عليه فيما هو ضامن له، أو أخذت الأجنبى، لم يرجع على الصانع؛ لأنه لم يفسد، بل فرط، فإن كان من الصانع بغلط أو عمد لك الابتداء بالصانع؛ لأنه الأصل فى الضمان، واختلف هل يرجع على الأجنبى؟

(١) فى ط: الهارب.

فرع: قال الأبهرى: إذا سقط من يده فانكسر، فلا ضمان عليه ولا أجرة، لعدم تسليم المنفعة، وإن سقط من يده عليه شيء فكسره، ضمن.

والفرق: أنه أذن له فى الحمل، ولم يأذن له فى إسقاط شيء عليه.

فرع: فى الكتاب: كل ما هلك بسبب حامله أو دابته فلا كراء؛ لعدم تسليم المنفعة، وليس له إلزامك بأن تأتى بمثله ليحمل حتى يأخذ الأجرة، وكذلك هروب الدابة وغرق السفينة؛ لأن ذلك على البلاغ.

وقال غيره: فى الدابة جميع الكراء فى الهالك بعثار، ولربه[1] حمل مثله؛ كالهالك باللصوص.

فرع: فى الكتاب: إذا اكتريت ثورًا فكسر الطاحون وآلتها، لم يضمن ربه؛ لأن فعل العجماء جبار، إلا أن يغرك. أو دابة على حمل دهن فعثرت، ضمن قيمة الدهن، إن غرك بموضع أثر التعدى، وقال غيره: بل بموضع الحمل؛ لأنه منه تعدى.

وإذا هلك الطعام بالزحام ضمن المزاحم؛ لأنه متلف، وكذلك كل من أفرط فى ضرب دابته أو سوقها، أو فعل ما ليس له فعله، وإلا فلا.

فرع: إذا أكرى المكترى لغيره دارًا، فهدمها الثانى، ضمن دون الأول؛ لأنه المباشر.

قال اللخمى: لو هدمها المكترى، خيرت بين قيمتها غير مكرية، وينفسخ الكراء، أو قيمتها مستثناة المنافع، ويكون له الكراء، ولو هدمتها أنت، خير بين فسخ الكراء أو أخذ فضل الكراء من المسمى، ويسقط مقال المكترى فى هدم المبنى؛ لأنه سلم المنافع، وتخير أنت بين تضمين الأجنبى قيمتها على أن لا كراء فيها، أو قيمتها مستثناة المنافع، وتأخذ المسمى؛ لأنه كان لك على المكترى فأبطله بالهدم أصلًا، أما إن أكراها المكترى فهدمها صاحبها بدئ بالمكترى الآخر، فإن رضى بفسخ الكراء كان المقال له، وصاحب الدار يتخير فى فسخ الكراء عن نفسه، أو يأخذ فضل قيمة الكراء؛ لأن المنافع حقه، أو فضل ما اكترى به من الآخر عن المسمى إن كان أكثر؛ لأنه أبطله عليه بالهدم، وإن هدمها المكترى الأول، خير ربها

---

(١) فى ط: كريه.

بين قيمتها الآن غير مكتراة ويفسخ الكراء، أو قيمتها على أنها لا تقبض إلا بعد مدة الإجارة، ويأخذ منه الكراء، ويكون المقال بين المتكاريين فيرجع الأخير[١] على الأول بفضل قيمة الكراء، أو يفسخ الكراء عن نفسه إن كان المسمى أكثر.

وإن هدمها المكترى الآخر، فعليه قيمتها غير مكرية، أو قيمتها على أنها تقبض بعد مدة الكراء، أو يغرم الكراء لرب الدار مع القيمة، وللمكترى الأول الرجوع على الثانى بفضل الكراء، وإن هدمها أجنبى، خيرت بين تغريمه قيمتها غير مكرية، أو على أنها تقبض بعد مدة الإجارة، فتأخذ منه الكراء وينفسخ [الكراء؛ لأنك مالك للرقبة][٢] بالأصالة، والأجرة بالعقد، ولا مقال لواحد من المتكاريين على الآخر.

فرع: فى النوادر: العبد المأذون له فى الصنعة، يضمن الإفساد، والجناية فى ذمته كالحر، بجامع زوال الحجر.

فرع: قال: المستأجر على حراسة بيت فينام فيسرق البيت:

قال مالك: لا يضمن، وله الأجرة، وكذلك الخيل والغنم، إلا أن يفرط.

فرع: قال: قال مالك: إذا ابتل الطعام فى السفينة بللا مفسدا، ضمنوا، إذا لم يكن ربه معه؛ لأنه يتهم فى أخذه، ويبل الباقى ليزيد، فإن كان بللا لا يزيد، فلا شىء عليهم، وإن شك فيه، اختلفوا.

قال ابن القاسم: وحيث ضمنوا فلا يأخذ فى النقص ذهبًا إن أكرى بذهب إن نقد، وإلا جاز، خشية النسيئة فى النقد، وله أخذ الشعير فى الشعير؛ لأن الهلاك يوجب غرم المثل.

فرع: قال: لو استأجر نواتية فى السفينة يحملون للناس، ضمنوا، وكذلك فى الظهر، قاله مالك لوجود التهمة.

فرع: قال: إذا اكترى دابة لا يصدق فى موتها إلا ببينة، إن كان فى جماعة، وإلا صدق مع يمينه، ويصدق فى ردها إلا أن يقبضها ببينة، ويصدق فى ذهابها مطلقًا، وكذلك وقوفها فى الطريق.

---

(١) فى ط: الآخر.

(٢) فى أ: الكراآن لأنك مالك الرقبة.

قال ابن حبيب: فإن اشترط ضمانها فهو فاسد؛ لمناقضة العقد.

قال مالك: ولو حبسها بعد الكراء ضمنها؛ لأنه متعد، وعليه كراء المثل إن سلمت.

قال ابن القاسم: أما الساعة فلا يلزمه إلا كراؤها على قدر ما حبسها.

قال ابن حبيب: إن حبسها بعد الشرط الأيام اليسيرة، فأتى بها متغيرة تغيرًا شديدًا، خير بين قيمتها بعد الشرط وكرائها الأول، أو الدابة وكراء الحبس والكراء الأول، وإن حبسها أيامًا كثيرة حتى حالت أسواقها، خير ربها وإن لم تتغير، والعارية مثلها فى حبسها فى القليل والكثير.

تمهيد:

قال ابن يونس: الهالك خمسة أقسام:

ما هلك بسبب حامله من عثار، أو ضعف حبل لم يغر منه، أو ذهاب دابة أو سفينة بما فيها، فلا ضمان ولا أجرة، ولا عليه أن يأتى بمثله ليحمله، قاله مالك.

وقال غيره: ما هلك بعثار: كالهالك بأمر من الله تعالى.

وقال ابن نافع: لرب السفينة بحساب ما بلغت، وما غر فيه بضعف حبل: يضمن فيه القيمة بموضع الهلاك؛ لأنه موضع أثر التفريط، وله من الكراء بحسابه، وقيل: موضع الحمل منه؛ لأن منه ابتداء التعدى.

وما هلك بأمر من الله - تعالى - بالبينة، فله الكراء كله، وعليه حمل مثله [من موضع الهلاك، وما هلك بقولهم من الطعام][1] لا يصدقون فيه؛ لامتداد الأيدى إليه، ولهم الكراء كله؛ لأنهم استحقوه بالعقد، وما هلك بأيديهم من العروض، يصدقون فيه؛ لعدم التهمة، ولهم الكراء كله، وعليهم حمل مثله من موضع الهلاك؛ لأنهم لما صدقوا أشبه ما هلك بأمر من الله تعالى.

وقال ابن حبيب: لهم من الكراء بحساب ما بلغوا، ويفسخ الكراء؛ لأنه لما كان لا يعلم إلا من قولهم أشبه ما هلك بعثار[2].

فرع: فى الكتاب: إذا زاد الطعام أو نقص ما يشبه، فلا شىء لهم ولا عليهم،

---

(١) فى أ: من مواضع الهلاك بقوام من الطعام.
(٢) فى أ: اختيارًا.

وما لا يشبه وقالوا: زدناها غلطًا وصدقتهم - أخذتها وغرمت كراءها، أو أنكرت، صدقت ولك تركها؛ لأنه قد يفترق الكراء لهم، وإن زاد الكيل ليس لك أخذ الزيادة إلا أن تكون معروفة عند الناس.

قال ابن يونس: إذا اكتريت الزيادة [أو كان][1] الحمال غلط بحملها، لك أخذها ودفع كرائها، وتضمنه مثلها بموضع الحمل؛ لأنك لم تأمره بحملها.

فرع: قال ابن يونس: فإن حمل غير المتاع غلطا، خيرت بين تضمينه القيمة بموضع الحمل.

قال أشهب: ولا كراء له بحمله غير المأذون.

قال ابن القاسم: له الكراء، لحصول المنفعة، وليس لك تكليفه رده؛ لعدم اقتضاء العقد ذلك، ولا للحمال أن يفعل ذلك إذا أردت أخذه؛ لأنه مالك، والكراء بينكما قائم، فيرجع ليحمل ما استؤجر عليه.

وقال أصبغ: عليه رده وهو فى ضمانه فى رده؛ لأنه متعد بإخراجه، فإن حمله تعديًا:

قال ابن القاسم: خيرت بين قيمته وأخذه بغير كراء.

فرع: فى الكتاب: للحمال منع ما أكرى عليه من العروض حتى يقبضوا كراءهم ويضمنوها ضمان الرهان، ولهم الكراء كله، ضمنوا أم لا، لتوفية الحمل، وللصناع منع ما عملوا حتى يقبضوا أجورهم، فإن هلك ضمنوا، والأجرة لهم؛ لعدم التسليم.

فرع: فى الكتاب: لا يضمن الطعام إذا كنت معه مع الدابة أو السفينة، وإلا فلا يصدق فى الطعام والإدام للتهمة فى امتداد الأيدى إليه إلا ببينة أن التلف من غير فعلهم، ويصدقون فى العروض.

قال ابن يونس: قال مالك: إن شرطوا الضمان فى غير الطعام، أو عدم الضمان فيه، فسد العقد لمناقضته العقد، فإن فات ضمنوا الطعام دون غيره، ولهم أجرة المثل.

قال ابن حبيب: الذى يضمنون ما كان طعامًا أو إدامًا: كالقمح، والشعير،

---

(١) فى أ: وكان.

والدقيق، والسلت، والذرة، والعدس والكرسفة[١]، بخلاف الأرز؛ لأنه لا يتفكه به.

قال أبو محمد: لعل هذا بغير بلد الأرز. ويضمن الفول، والحمص، واللوبيا، والجلبان، بخلاف الترمس؛ لأنه تفكه.

ومن الإدام: الزيت، والعسل، والسمن، والخل، بخلاف المرىء، والرب، والأشربة الحلال، والجبن، واللبن، والزبد، واللحم، والبيض، والإبزار، وخضر الفواكه - رطبها ويابسها، إلا التمر -، والزبيب، والزيتون، والملح.

ولا تضمن الأدهان. ويصدقون فى هلاك كل ما لا يضمن؛ كالعروض.

قال: وهذا الذى ذكره ابن حبيب استحسان، وظاهر المدونة عام فى الطعام والإدام.

وإذا كان يصحب الطعام ببعض الطريق دون بعض:

قال محمد: سقط الضمان؛ لأن الأصل: حمله على غير التسليم.

وقيل: إن فارقه على عدم العود، أو لا يرجو أن يدركه، ضمنوا؛ لاستقلالهم.

وقال الشيخ أبو الحسن القابسى: إذا وكله على كيل الطعام فى السفينة وغاب ثم تركه معه، فإنه يضمنه[٢]، وإذا صدقنا الحمال فى العروض، فله الكراء كله، وعليه [حمل][٣] مثله لصاحبه بقية الطريق، كمن لم يحمل شيئًا؛ لعدم المنفعة للأجر، أو يكرى ذلك فى مثله.

وقال ابن حبيب: له من الكراء بحسابه إلى موضع دعواه التلف، وكذلك إن كان تلفه من سببه.

ولو باع الطعام ببعض الطريق بغير إذن ربه:

قال ابن القاسم: له أخذ الثمن؛ لأنه بيع فضولى يصح عندنا، أو مثله بموضع المحمول إليه؛ لأن له إبطال العقد، وهو من ذوات الأمثال، فإن أخذ الثمن، فله أن يحمله مثله من موضع البيع؛ لأنه بقية العقد. وقيل: إنما يضمن الطعام إذا ادعى ضياعه فى الموضع الذى يصل إليه إذا أمكن أن يكون وصل إلى الموضع، وإلا ففى

---

(١) فى ط: الكرسنة.
(٢) فى ط: يضمن.
(٣) سقط فى ط.

موضع الضياع.

قال: والصواب: ضمانه فى الموضع الذى أكرى إليه، ولا وجه للتفرقة؛ لأنه ضمنه قبل ذلك.

* * *

الباب الثالث

فى موجبات الفسخ

وهى: إما فوات بعض المنفعة أو كلها، إما عرفًا أو شرعًا.

القسم الأول فوات بعض المنفعة:

وفى الكتاب: استأجرها على صبيين حولين فمات أحدهما بعد حول، وضع عنه بعض الأجرة، إلا أن تختلف الأزمنة فى الكراء من الشتاء والصيف، وصبى صغير وكبير، فيحسب ذلك، ثم لها أن ترضع مع الباقى غيره؛ لأنه دخل على المشاركة، ولو أجرها على صبى، لم يكن لها إرضاع غيره؛ لاستحقاقه جملة الرضاع، ولو أجرهما لصبيين فماتت إحداهما فللباقية ألا ترضع وحدها؛ لدخولها على المساعدة. كذلك الأجيران فى رعاية غنم. ولو آجر الثانية تطوعًا فماتت، فعلى الأولى الرضاع كما كانت؛ لدخولها على الاستقلال، فإن ماتت الأولى، فعليه أن يأتى بمن يرضع مع الثانية.

قال صاحب النكت: إذا استأجر واحدة بعد واحدة، إنما يكون للثانية مقال إذا علمت عند العقد بالأولى، وإلا فلا، لدخولها على الانفراد.

قال ابن يونس: قال سحنون: إذا مات أحد الصبيين، انفسخت الإجارة؛ لعدم انضباط حِصته، وكذلك إذا ماتت إحدى الظئرين.

فرع: فى الكتاب: إذا انهدم من الحمام أو الدار ما أضر بالمكترى فأراد فسخ الإجارة، وأبى ربها، وأراد الإصلاح، قدم المكترى؛ لأن فى الانتظار ضررًا.

فرع: فى الكتاب: إذا صح مرض العبد فسخ الكراء، ويسقط كراء أيام المرض، فإذا صح فى بقية المدة، عاد إلى عمله، بخلاف صحة الدابة؛ لضرر المسافر فى الصبر عليها، فيكترى غيرها، فلو رضى بانتظارها وأراد ربها بيعها، والمرض نحو اليومين مما لا ضرر فيه على الكرى حبس، وإلا فسخت.

قال صاحب النكت: افتراق الجواب فى العبد والدابة؛ لاختلاف السؤال، فالعبد فى الحضر، والدابة فى السفر، ولوْ كانت فى الحضر والأجير فى السفر استوى الجواب.

قال ابن يونس: يعود العبد لبقية المدة إلا أن يتفاسخا لبطلان العقد.

فرع: في الكتاب: إذا انهدم من الحمامين وجه الصفقة، رد الجميع، وإلا لزم الباقي بحصته.

فرع: قال ابن يونس: انهدام بعض الدار - إن كان يسيرًا، أو كثيرًا - لا يضر؛ كانهدام الشرفات، فلا مقال؛ لعدم الضرر، وما فيه ضرر يسير، سقط من الكراء بقدره كالاستحقاق، أو أضر كثيرًا فللمكترى رد الدار، فإن شاء سكن بجميع الأجرة، قاله عبد الحق.

وقال سحنون: إن سكن حط عنه من الكراء بحصته؛ لذهاب بعض المعوض عليه.

قال صاحب النكت: لو لم يبق إلا القاعة فله المقام بجميع الكراء.

قال اللخمى: لا يفسخ ولا ينقص الكراء بهدم الشرفات، إلا أن يكون زاد فى الكراء لأجلها، وإن ذهب البياض [وحالها، نقض][1] الكراء، إلا أن يصلحه، وله الخروج، وإن انكشفت من حائط ونفقته يسيرة، أجبر ربها على الإصلاح، وإن انهدم بيت داخلها، وهو أقل الصفقة، حط ما ينوبه.

القسم الثانى فوات كل المنفعة عرفًا.

قال اللخمى: إذا انقطع ماء الرحا ولا ترجى عودته إلا بعد بُعْد، فله الفسخ؛ لعدم تسليم المنفعة، أو يرجى على القرب، لم يفسخ؛ لقلة الضرر، وحيث فسخ ثم عاد عن قرب فهل يبطل الفسخ؛ لبطلان السبب أو لا؛ لأنه بطل العقد فلا يعود إلا بإنشاء آخر؟ قولان.

فإن لم يتفاسخا حتى عاد الماء عن قرب، بطل الفسخ، أو عن بعد، عاد الخلاف: هل عدم المنافع فسخ، أو حتى يفسخا؟

وكذلك السفينة يأتى عليها الشتاء ثم يعود الصيف [فيها قولان][2] وارتحال الناس عن المحلة يفسخ كراء الدار؛ لتعذر استقرار الإنسان وحده، وكذلك الفندق. وحيث عاد الماء فى الرحا إن اتفقا على وقت انقطاعه، واختلفا فى وقت رجوعه، صدق المكترى؛ لأن الأصل براءته من الأجرة، وإن اختلفا فى وقت الانقطاع

---

(١) فى أ: صبب عليها بعض.
(٢) فى أ: عليها القولان.

والرجوع، صدق المكرى عند ابن القاسم؛ لأن الأصل: الماء ابتداء، والمكترى عند سحنون؛ لبراءته من الأجرة، فإن لم يعد حتى انقضت السنة، واختلفا فى وقت الانقطاع: فعلى قول ابن القاسم: يصدق المكرى.

وعلى قول سحنون: المكترى.

ولو كانت دارًا واتفقا على وقت الانهدام، واختلفا فى وقت الإعادة، صدق المكترى؛ استصحابًا للحالة، وإن اختلفا فى وقت الانهدام واتفقا على وقت الإعادة، صدق المكترى عند ابن القاسم، خلافًا لسحنون، فإن لم يعد البناء فعلى مثل ذلك الاختلاف.

قال أشهب: إذا قال الأجير: عملت السنة، وقال المستأجر: بل بطلت، صدق المستأجر؛ لأن الأصل: عدم العمل.

قال محمد: وسواء كان منقطعًا إليه أم لا، وقاله ابن القاسم، إذا لم يكن مأواه إليه، وإلا صدق الأجير، حرًا كان أو عبدًا؛ لأن الغالب - مع الإقامة عنده - العمل.

وقال عبد الملك: [إن كان عبدًا][(1)] يأوى عنده صدق المستأجر، نقد أم لا؛ لأنه لما أوى عنده فقد أمن عليه فيصدق، وكذلك لو ادعى أيامًا، فإن كان يختلف إليه، صدق السيد، ويصدق الحر، كان يأوى إليه أم لا، قبض الأجرة أم لا؛ لأن الأصل: الوفاء بالعقد.

قال: وقول أشهب أحسن، بخلاف الماء والدار؛ لأنهما سلما تسليمًا واحدًا، والأصل: بقاؤهما حتى يعلم خلافه، ومنافع الأجير بيده، يسلمها فى كل يوم.

قال ابن يونس: إن ادعى هدم الدار ولم يعلم به أحد، لم يصدق؛ لأنه خلاف العادة، وإذا قال الساكن: لم أسكن إلا كذا، صدق عند مالك؛ لأن الأصل: عدم السكنى.

وفى المدونة: قال رب الرحا والدار: قد انقضت السنة، وقال المكترى: بل شهران، وقد انهدمت الدار - الآن - أو انقطع ماء الرحا، صدق المكترى؛ لأن الأصل: عدم التسليم فى المنفعة.

---

(1) سقط فى أ.

فرع: فى الكتاب: مرض العبد المرض البين وإباقه فى المدة يوجب الفسخ، فإن صح أو رجع فى بقية المدة لزمه إتمامها؛ توفية للعقد.

قال غيره: إلا أن يكون فسخ ذلك، وقال فى غير هذا التمادى حتى يتفاسخا قبل ذلك، للتمكن من المنفعة.

قال ابن يونس: وكذلك الدار ينهدم بعضها ثم يصلح قبل الفسخ قبل تمام المدة، فإن انهدمت كلها أو انتقل المكترى عنها، لم تعد الإجارة بالبناء؛ لأنها دار غير الأولى ولو بناها مثلها، بل ذلك كموت العبد المستأجر، وقاله الأئمة، وإن كان الجل، كان له الخروج.

قال ابن حبيب: ليس له منع المكترى من الإصلاح من ماله؛ لأنه مضار بمنعه.

قال ابن يونس: إذا انهدم من حمام أو رحا ما يضر بالمكترى:

قال ابن حبيب: إن أضر به فى التأخير إلى الإصلاح، فله الفسخ، وإلا فلا، ولو استأجره على عجن ويبة فى هذا اليوم، أو يطحن له فى هذا الشهر كل يوم ويبة لا يضر فوات ذلك الوقت، ويعمل بعد ذلك؛ لأن الذى يعدم الوقت فيه مقصود، وههنا المقصود العمل، وكذلك السقى يشترط عليه كل يوم قربة، ولو استأجر العبد شهرًا على أن له راحة يومين، فبطل أكثر منهما:

قال مالك: إن شرط على المستأجر النفقة فى يوم الراحة، حوسب على البطالة من حساب ثلاثين، وإلا حوسب على ثمانية وعشرين؛ لأنها مدة العقد.

فرع: فى الكتاب: إذا هطل البيت لم يجبر المكرى على الطر؛ لأنه سلم البيت، وللمكترى طره من الأجرة، وله الخروج فى الطر البيّن إلى أن يطرها ربها.

وقال غيره: الطر وكنس المراحيض مما يلزم رب الدار.

وكذلك لو انهدمت الدار أو بيتًا منها، لم يجبر على البنيان، بل للمكترى الخروج إن تضرر، ويقاصه من الكراء بحساب ما سكن، وإلا فلا، وليس له الإصلاح من الكراء إلا بإذنه؛ لأن العقد لم يتناول إلا تلك البنية، فإن بناها [ربها][1] فى بقية مدة الكراء لزم المكترى السكنى؛ لزوال الضرر إن كان لم يخرج، وإلا فلا يلزمه الرجوع؛ لأنه قد يتضرر بإجارة دار أخرى.

---

(١) سقط فى ط.

قال ابن يونس: قال محمد: إذا خرج واكترى غيرها فأصلحت، لم يصلح الرجوع؛ لأن بقية الكراء بقى دينًا على المكترى، فلا يأخذ فيه سكنى دار، وإن لم ينقد المكترى الكراء، جاز التراضى بسكنى ما بقى إذا علمت حصته من بقية الكراء.

قال أصبغ: إلا أن يصلح فى الأيام اليسيرة فيلزمه ما بقى؛ لعدم الضرر، ويفسخ ما بين ذلك فى العمارة لا فى الهدم.

فرع: فى الكتاب: إذا غرق بعض الأرض أو عطش قبل الزراعة وهو أكثرها - رد جميعها، لذهاب جل الصفقة، أو قليلًا تافها حطت حصته من الكراء فى جودته ورداءته، وكذلك الاستحقاق.

قال ابن يونس: قيل: تسويته بين العطش والاستحقاق يقتضى: إذا غرق نصف الأرض أو ثلثها أن يرد البقية، وقد قيل: إذا استحق النصف لا رد له، وينبغى إن تضرر المشترى فى الاستحقاق بالنصف رد، وإلا فلا.

فرع: فى الكتاب: إذا اكترى [الأرض](١) ثلاث سنين، فغارت العين، أو انهدمت البئر، وامتنع من الإنفاق عليها - فللمكترى حصة تلك السنة خاصة ينفقها فيها؛ لأنها المحتاج إليها، فإن زاد، فهو متطوع.

وكذلك المساقى: له نفقة حصة رب الأرض من الثمرة تلك السنة، بخلاف الدور؛ لأن المكترى لا نفقة له فيها، فلا ضرر عليه فى الخروج، ولو لم يزرع المكترى ولا سقى المساقى لم يكن لهما إنفاق.

قال اللخمى: [قال مالك](٢) فى المرتهن الزرع أو النخل: له الإنفاق إن امتنع ربه، والنفقة فى الزرع ورقاب النخل؛ لئلا يهلك رهنه فهو معذور؛ كالمكترى والمساقى، ويبدأ من الرهن بما أنفق؛ لأنه أخص به من الدين، وإن لم يوف، لم يكن الفاضل على المالك؛ لأنه لا يجب عليه الإصلاح، وإذا لم يزرع المتكرى، خير ربها بين الإصلاح، أو الإذن فيه، فإن أبى، رد، إلا أن يرضى بالإصلاح على جملة الكراء.

وكذلك إن قلب الأرض ولم يبذر. ولا يجبر؛ لأنه إذا رد كان كراء الأرض بينهما

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.

بقيمة الأرض غير محروثة، وقيمة الحرث، فإن لم يوجد من يكتريها فكما لو زرعت؛ لئلا تذهب نفقته فيها أو عمله.

فرع: فى الكتاب: إذا انهدمت وربها غائب، أشهد المكترى على ذلك، ولا شيء عليه.

قال ابن يونس: [إن أكراها سنة][١] فانهدمت بعد شهرين، فبناها بما عليه من الكراء، ثم قدم ربها بعد السنة - فله حصة ما سكن المكترى قبل الهدم، وكراء العرصة بعد الهدم، وللمكترى نقض بنائه إلا أن يعطيه قيمته منقوضًا.

فرع: فى المقدمات: إذا استأجره على حمل معين فتلف، فثلاثة أقوال:

المشهور: عدم النقض والنقض.

كلاهما لابن القاسم.

ولا ينقض إن تلف بأمر سماوى، وإلا فلا؛ لمالك، نظرًا للتعيين. أو يكون التعيين كالصفة أو [لا][٢]؛ لأن الأمر السماوى قد دخل عليه.

فرع: فى الكتاب: إذا خاف سقوط الدار، فله الفسخ دون تنقيص الكراء؛ لأنه عيب.

فرع: قال ابن يونس: إذا غصب الدار السلطان:

قال ابن القاسم: مصيبتها من ربها، ولا كراء له، سواء غصب الدار أو المنفعة. وكذلك غلق الحانوت بأمر السلطان؛ لأن المنافع إنما تستوفى على ملك المكرى، فهو مانع من التسليم؛ كالهدم.

وقال سحنون: الجائحة من المكترى.

وقال ابن حارث: إن غصب الدار فالجائحة من المكرى [فهو مانع][٣] أو السكنى، فمن المكترى؛ لبقاء ما استوفى منه المنفعة.

وفى الجواهر: إذا أقر المكترى للغاصب الرقبة، قُبِلَ إقراره فى الرقبة، ولا يفوت حق المنفعة تبعًا على المستأجر، بل له مخاصمة الغاصب؛ لأجل حصته فى

---

(١) فى أ: إن أكرى ببينة.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى أ.

المنفعة، ولا فرق بين غصب السلطان وغيره [فى الفسخ][١].

فرع: قال: قال: إذا ذهب أهل المحلة، فهو كالانهدام للرحا، أقام أو رحل؛ لأنه لا يأتيه من يطحن، وكذلك فنادق الموسم إذا امتنع الناس. ومهما تعذرت المنفعة [فكذلك، وقاله الأئمة، بخلاف الدار إذا ذهب الناس وبقى المكترى ساكنًا؛ لحصول المنفعة،] وكذلك إن رحل للوحشة بعدهم؛ لتمكنه من المنفعة، فتركها اختيارًا. ولو رحل للخوف، سقط الكراء؛ لعدم تمكنه.

فرع: فى الكتاب: إذا لم ينزل المطر، أو غرقت الأرض، أو هارت البئر قبل تمام الزرع فهلك الزرع، رجع بالكراء؛ لعدم تسليم المنفعة، فإن بقى الماء للبعض وهلك البعض: حصل ما له به نفع، وعليه من الكراء بقدره، وإلا فلا. وأما هلاكه ببرد، أو جليد، أو جائحة، فعليه الكراء لأنها ليست من جهة الأرض، ولا منافعها، وقاله الأئمة.

وإذا غرق الزرع بعد الإبان، فكالجليد، أو انكشف فى الإبان، وأمكن زرعها ثانية، لزمه الكراء، وإلا فلا.

قال ابن يونس: ما له به نفع، مثل خمسة من مائة.

فرع: فى الكتاب: إذا عطشت أرض الصلح التى صولحوا عليها، فعليهم الخراج؛ لأنه ليس إجارة محققة، بخلاف أرض الخراج، كأرض مصر.

قال غيره: هذا إن كان الصلح وظيفة عليهم، أما خراج على الأرض معروف فلا.

قال ابن يونس: إذا صالحهم على أن أرضهم بخراج، فلا يخالف ابن القاسم الغير. أو على أن عليهم خراجًا لملكهم الأرض، كما يوظف بقدر أعمالهم وأملاكهم، فكما[٢] قال ابن القاسم.

فرع: فى الكتاب: إذا لم يجد البذر أو حبسه السلطان، لزمه الكراء لتسليم الأرض، والمنع ليس من قبل ربها ولا منها؛ كمن اشترى سلعة ومنع من الانتفاع بها بعد قبضها، يجب عليه الثمن.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: فما

فرع: فى الجواهر: إذا مات البطن الأول من أرباب الوقف بعد الإجارة وقبل انقضاء مدتها - انفسخ باقيها، وقاله (ش) ؛ لأنا بينا أنه أجر غير ملكه.

وقيل: إن كانت مدة يجوز الكراء لها، لزم باقيها؛ لأن الأجر أجر ملكه، ولم يفرط.

فرع: قال: لو بلغ الصبى ورشد قبل انقضاء المدة، لا يلزمه باقيها إلا أن تكون إجارة الولى فى مدة لا يظن فى مثلها البلوغ، ويكون الباقى كالشهر ونحوه. ويلزمه فى الحيوان، والعقار، والرقيق السنين الكثيرة إذا احتلم بعد سنة، وظن عدم احتلامه قبل المدة.

وقيل: لا يلزمه إلا فيما قل، ولا يلزمه ما يعلم أنه يبلغ قبله فى نفسه ولا ماله؛ لأن الأصل: عدم نفوذ تصرف غير الإنسان عليه إلا لضرورة، ويلزم السفيه البالغ - إذا رشد - بقية المدة فى الربع والحيوان والرقيق أجر السلطان أو الولى، السنتين أو الثلاث؛ لأن رشده غير منضبط، بخلاف البلوغ، الولى معذور فيه.

وقيل: إنما يكرى عليه السنة ونحوها؛ لتوقع تغير حاله، فأما ما كثر فله فسخه.

فرع: قال: لا تنفسخ إجارة العبد بعتقه؛ لأن السيد تصرف وهو مالك، فلا يتناوله العتق.

فرع: قال: إذا آجر أمته فله وطؤها، فإن حملت وجبت المحاسبة.

فرع: قال: بيع الدار المستأجرة لا يوجب الفسخ، ويستوفى المبتاع المنافع بحكم الإجارة، ومن غيره يصح أيضًا، ولتستمر الإجارة إلى آخر المدة، وقاله أحمد. وعند (ش) قولان.

وقال (ح): يوقف البيع على إجازة المستأجر، وروى تخصيص الصحة بالمدة اليسيرة، والكراهة فى الطويلة.

تمهيد: القدرة على التسليم شرط فى البيع، والرقبة المبيعة مسلمة للمتسأجر ليستوفى منها المنافع، فيتعذر تسليمها للمشترى فبطل البيع، أو تفسخ الإجارة حتى يتمكن من التسليم، وعقد البيع أقوى من عقد الإجارة؛ لتناوله الأصل، والمنافع فروع، فيبطل عقدها لتصحيح عقد الأصل، أو تكون الدار فى يد المستأجر كما تكون فى يد البائع إذا استثنى منافعها مدة، فلا يتنافى ذلك، أو يقال: عقد البيع نقل

الملك ناقصًا لصفته، فكأن المشترى أجر بعد البيع، أو يقال: عقد الإجارة سابق، فيخير المستأجر. فهذه المدارك هى منشأ الخلاف.

القسم الثالث – فوات المنفعة شرعًا:

وفى الجواهر: إذا صحت الضرس المريضة أو اليد المتآكلة، انفسخت الإجارة على إزالتهما، وكذلك لو عفى عن القصاص المستأجر على استيفائه.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجعالة

وهى من الجَعْل. والجَعْل فى اللغة - بفتح الجيم - له خمسة معان:

بمعنى: «صيَّر» نحو: جعلت الطين خَزَفًا.

و «سمى» نحو: قوله - تعالى -: ﴿وَجَعَلُوا الْمَلَائِكَةَ الَّذِينَ هُمْ عِبَادُ الرَّحْمَٰنِ إِنَاثًا﴾ [الزخرف: ١٩] أى: سموهم؛ لأن سلطان المشركين إنما هو على الأسماء دون الذوات.

وبمعنى «خلق» نحو: قوله - تعالى -: ﴿وَجَعَلَ الظُّلُمَاتِ وَالنُّورَ﴾ [الأنعام: ١] أى: خلقهما.

وبمعنى: «ألقى» نحو: جعلت متاعك بعضه على بعض، أى: ألقيته.

وبمعنى: «قارب الفعل ولم يشرع فيه» نحو: جعل يقول كذا.

والجعالة من فعل، أى: التزَمَ مالًا لمن يأتى بِعَبْدِه [الآبق][١]، أو نحو ذلك، وأنكره جماعة من العلماء؛ لغروره[٢]. وأصله: قوله - تعالى -:

﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]، ولمساقاته - عليه السلام - أهل خيبر[٣]، وهى جعالة؛ لأن المساقى إن كمل أخذ، وإلا فلا شىء له.

ثم النظر فى أركانها وأحكامها:

النظر الأول: فى أركانها - وهى أربعة -:

الأول والثانى: المُتعاقِدان.

وفى الجواهر: [لا][٤] يشترط فيهما إلا أهلية الاستئجار والعمل، ولا يشترط

(١) سقط فى أ

(٢) فى أ: لأنه غرور.

(٣) أخرجه البخارى (٤/ ٥٤٠) فى الإجارة: باب إذا استأجر أرضًا فمات أحدهما (٢٢٨٥)، وفى (٥/ ١٤) فى كتاب الحرث والمزارعة: باب المزارعة بالشطر (٢٣٢٨)، وباب إذا لم يشترط السنين فى المزارعة (٢٣٢٩)، وفى المزارعة مع اليهود (٢٣٣١)، وفى باب إذا قال رب الأرض أقرك ما أقرك الله (٢٣٣٨)، وفى كتاب المظالم: باب مشاركة الذمى والمشركين (٢٤٩٩)، وتحت أرقام أيضًا (٢٧٢٠)، (٣١٥٢)، (٤٢٤٨)، ومسلم (٣/ ١١٨٦) فى المساقاة: باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر (١/ ١٥٥١).

(٤) سقط فى أ.

تعيين المجعول له؛ تكميلًا لمصلحة العقد، بل لو قال من جاء بعبدى فله دينار صحّ؛ فإن أحضره قبل أن يجعل فيه شيئًا وعادته طلب الآبق والاكتساب بذلك، فله أجر مثله فى قدر تعبه وسفره، وإلا فله نفقته فقط، قاله أصبغ، وعبد المالك.

وعن عبد الملك: عدم النفقة أيضًا.

وقال (ش): الراد للآبق ابتداء متبرع لا شىء له، كان شأنه رد الآبق أم لا، وكذلك إن أذن ولم يسمع، أو يأذن فضولى يقول قال فلان: من رد عبدى فله كذا، ولا شىء على المالك ولا عليه.

وقال (ح): له الأجر فى العبد دون سائر الضوال إذا رده من دون ثلاثة أيام أجرة المثل، أو أكثر من ثلاثة أيام وليس معروفًا برد الأباق [لم يستحق][1] شيئًا، أو معروفًا بذلك فأربعون درهمًا استحسانًا، إلا أن تكون قيمته أقل.

وقال أحمد له دينار كان معروفًا أم لا.

واحتج أصحابنا، والحنفية بما روى ابن أبى مليكة أنه عليه السلام قال: «مَنْ رَدَّ آبِقًا فَلَهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ». وفى لفظ آخر: أنه جعل لمن جاء بآبق خارج الحرم دينارًا.

وعنه – عليه السلام – أنه قال: «فِى الآبِقِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا» وهى أحاديث ضعيفة.

ولأن العادة كالشرط؛ بدليل النقود فى المعاملات، وتعين الأعمال فى الإجارات، ونفقات الزوجات.

قاعدة مذهبية: من فعل لغيره فعلًا ما شأنه فعله من مال أو عمل، لزمه ذلك المال [وأجرة ذلك العمل][2]، كان واجبًا كأداء الدين أم لا كحلق الرأس، وغسل الثوب.

وإن كان شأنه فعله بنفسه أو عبده أو هو ممن يسقط عنه ذلك المال، لم يلزمه شىء، وقال (ش): لا يلزم فى ذلك كله شىء.

لنا: القضاء بالعوائد، كما تقدم تقريره، فنفقة الآبق تجب بناء على الملك، ولا تجب قياسًا على الغيبة، وليس شأن الناس [الإنفاق على الآبق فاختلف فيها. وشأن الناس][3] طلب الآبق فوجبت الأجرة، إلا أن تكون قرينة تدل على التبرع

(١) فى أ: استحق.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى أ.

من كونه ليس شأنه ذلك.

قال اللخمى: لو لم يسمع الآتى بالآبق قول سيده: من جاءنى به فله كذا، لم يكن له شىء، إلا أن يكون شأنه الإتيان بالآبق، فله جعل مثله؛ كما لو جاء به قبل القول.

وجعل له ابن حبيب بعد القول الجعل، سمع أم لا، كان ذلك شأنه أم لا.

قال: وهو أحسن إذا قال: لم أتطوع، وله الأقل من المسمى أو جعل مثله.

فإن جاء به من سمع قول سيده، وقال: لم أعمل على قول السيد؛ لأن لى طلب ذلك، وإنما استفدت من قوله: إن العبد آبق - حلف وأخذ جعل مثله، إن كان أكثر من المسمى، فإن طلب من يعلم موضعه فلا شىء له؛ لأن ذلك واجب عليه، قاله ابن حبيب.

وقال ابن القاسم: يعطى بقدر تعبه، وهو أحسن إن كان سيده لا يخرج له بنفسه، وإلا فلا شىء له؛ لأنه لم يوفر على السيد شيئًا.

الركن الثالث: العمل:

وفى الجواهر: [هو][1] كل عمل يجوز الاستئجار عليه لكن لا يشترط كونه معلومًا تحصيل مصلحة العقد؛ احترازًا ممن وجد آبقًا أو ضالًا بغير عمل فلا جعل له، وممن عرف مكانه فدل عليه؛ لأن ذلك واجب عليه، ويشترط ألا تحصل للجاعل منفعة إلا بتمام العمل.

قال القاضى أبو محمد: ويمتنع فى الشىء الكثير؛ لما فيه من الغرر بذهاب العمل الكثير باطلًا.

وقال أبو الوليد بن رشد: لا يشترط ذلك ويمتنع إلا فى غير المقدر من الأعمال بزمن، فمتى قرر لم يكن جعلًا بل إجارة.

قال ابن بشير - فى نظائره -: للجعالة أربعة شروط:

أن يكون الجعل معلومًا.

غير منقود.

وليس فيه[2] منفعة للجاعل إلا بتمام العمل.

---

(١) سقط فى أ

(٢) فى ط: فيها.

ولا يضرب للعمل أجل.

وقال (ش): لا يشترط فى العمل العلم ولا الجهل، ويمتنع فى الدلالة على المال؛ لأنها واجبة شرعًا، ولا بد أن يكون الجعل معلومًا.

قاعدة: تعرف بجمع الفرق وهى أن [يكون][1] المعين فى نظر الشرع يقتضى حكمين متضادين؛ كوصف السفه: يقتضى إبطال التصرفات المالية؛ صونًا لمال المحجور عليه على مصالحه، ويقتضى تنفيذ وصاياه؛ صونًا لماله على مصالحه؛ لئلا يأخذه الوارث، فصار السفه يقتضى التنفيذ والرد؛ وكذلك كون العمل غير معلوم يقتضى بطلان الإجارة؛ لئلا تذهب الإجارة مجانًا فهو غرر، ويقتضى أن يكون شرطًا فى الجعالة؛ لأنه لو قدر أدى ذلك لضياع عمل المجاعل بانقضاء المدة قبل وجود الضال[2]، وإذا كان غير مقدر يزيد المجاعل فى الطلب فيجد الضال ولا يذهب فيه تعبه باطلًا، فصارت جهالة العمل تقتضى الصحة والبطلان.

وفى الكتاب: لا يشترط فيه التأجيل، فمن قال: بع ثوبى ولك درهم، جاز، حد فى الثوب ثمنًا أم لا، فإن قال: اليوم، امتنع إلا أن يشترط أن يترك متى شاء؛ لئلا يذهب عمله باطلًا؛ لتعذر البيع فيه، وإن باع فى نصفه، أخذ الجعل كاملًا، ويسقط بقية اليوم فهو خطر، فلا يكون الجعل مؤجلًا.

واشترطه (ح) ؛ قياسًا على الإجارة.

وجوابه: ما تقدم؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾ [يوسف: ٧٢] ولم يقدر أجلًا.

ولا يجوز الجعل على بيع كثير السلع والدواب، والرقيق، كالعشرة الأثواب، ولا على ما فيه مشقة، فيبقى فى القليل؛ لاحتمال ضياع كثرة العمل دون المقصود قبل ذلك. ويجوز فى القليل فى البلد؛ لأنه لا يقطعه بيع ذلك عن شغله، فإن باع أخذ وإلا فلا شىء له.

قال صاحب التنبيهات: أجاز الجعل على اليسير، كالثوبين.

قال بعضهم: مشروط بأن يسمى لكل ثوب جعله؛ كما قيل فى الآبقين، وفيه من الخلاف ما فيهما.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: الضوال.

وقيل: يجوز فى القليل والكثير فيما لا يبقى للجاعل فيه منفعة بعد تمامه؛ لأنه الأصل، ومعنى قوله فى الكتاب: «[لا يصح فى الثياب][(١)] الكثيرة»: أنه لا يأخذ شيئًا حتى يبيع جميعها، وأما إن أخذ بقدر ما باع فجائز، ومعناه: أنه سمى لكل ثوب شيئًا أو كانت متساوية القيم، أو قال على أن تقبض الأجرة على العدد، ولو كان على القيم امتنع؛ لجهالتها.

والأصل: أن ما يعرض للبيع - كالرقيق ونحوه - يمنع الجعل إلا فى اليسير؛ كالواحد والاثنين حتى لا يشتغل المجاعل عن مصالحه.

وما لا يعرض للبيع ولا ينقل؛ كالدور ونحوها، يجوز فيها الجعل، وكذلك الجعل فى عمل الأيدى جائز.

قال اللخمى: إن كانت ثيابًا كثيرة فى بيت صاحبها، ويأتى السمسار بمن يشتريها، ويأخذ منها ثوبًا يعرضه ليبيع به جميعها، أو تنقل إلى دكان السمسار، فيبيعها فيه أو يستأجر صاحبها من يحملها له وقت العرض، أو يقول: بع أيها شئت- جاز؛ لعدم التعرض لضياع العمل الكثير على المجاعل.

ويلزم على المذهب منع الجعل فى الآبق؛ لطوله، وحصول المنفعة للجاعل[(٢)] بكشف تلك المواضع إذا لم يجده.

ومنع المغارسة؛ لأنها تطول، وقد [لا][(٣)] يحصل له شىء؛ لعدم حصول المقصود، مع أنهم أجازوها، وأجازوا[(٤)] الجعل على السفر من المشرق إلى المغرب على البلاغ، إن وصل أخذ وإلا فلا شىء له وهو جعل، إلا أنه واجب عليهما.

ويجوز عند مالك وأصحابه الجعل على الشراء الحاضر وعلى السفر قليلًا، أو كثيرًا بخلاف البيع، مع أنه لا فرق بينهما، مع أن ابن حبيب قد قال: [إذا قال][(٥)]: إن ابتعت لى بهذه المائة فى البلد الفلانى كذا فلك كذا، وإلا فلا

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: للجاعل.
(٣) سقط فى أ.
(٤) فى أ: وأجاز.
(٥) سقط فى أ.

شيء لك، إن كان خروجه له للمائة جاز، وإلا امتنع إلا بأجل مؤقت، وأجرة معلومة وهو أحسن.

فرع: في الكتاب: كل ما جازت الجعالة فيه، جازت الإجارة عليه، وليس كل ما تجوز الإجارة عليه يجوز الجعل فيه؛ لأن الإجارة تجوز على كثير السلع والطعام بخلاف الجعالة(١).

فرع: في الكتاب: تجوز على ثياب يشتريها له، نصفها له؛ فيلزمه ما يشبه تجارته.

فرع: قال اللخمي: الجعل على الآبق جائز، علم المجعول له موضعه أم لا.

فرع: في الكتاب: ما عصرت من زيتوني فلك نصفه يمتنع؛ لأنه لا يدرى كيف يخرج، ولا يقدر على الترك إذا شرع، فليس كالحصاد يتركه متى شاء، ويجوز كل قفيز بدرهم؛ لأنه معلوم بالكيل ويعلم صفته بالفرك للسنبل وتأخر درسه إلى عشرة أيام قريب للضرورة.

فرع: في الكتاب: يُكره على الخصومة على أنه لا يأخذ إلا بإدراك الحق وله أجرة مثله، إن فعل، وعن مالك: الجواز.

قال اللخمي: المعروف المنع إلا فيما قل حتى إذا ترك قبل التمام لم ينتفع الجاعل بشيء، أما إذا طال وانتفع الجاعل بالحجاج فلا، فإن وكل آخر فأتم الخصومة، هل يكون للأول بقدر ما انتفع الطالب من عمله؟ خلاف.

وقال مالك: إذا كان الجعل على ثلث ما يقتضى من ذلك فصالح الجاعل المطلوب على أخذ الثلثين وتأخير الثلث، وأراد أخذ ثلث ما أخذ، ويكون في الباقي على شرطه - جاز.

وإذا قال الأجير: لا أجيز تأخير رب الحق بالثلث حتى آخذ ثلثه، لزم الغريم ذلك؛ كما لو أسقط رب الحق الدين لأسقط حصة الأجير.

قال: وأرى: إذا كان الجعل بعد الخصومة(٢)؛ لأنه إذا شرع في الخصومة ليس له عزله، فإن رضي الوكيل بالتأخير، وإلا رد الصلح، وكان للوكيل أن يخاصم حتى

---

(١) في أ: الإجارة.
(٢) في ط: خصومة.

يثبت الحق.

قال ابن يونس: فى كتاب محمد: الجواز إذا وصف له أصل الحق وكيف هو عليه.

قال ابن القاسم: إن ادعى أنه مقصر فى حججه، نظر السلطان، إن وجده كذلك فسخ العقد، وكذلك إذا لم يضرب للخصومة أجلًا وترك الطلب وأضر ذلك.

وفى النوادر: إذا مات المجعول له قبل أن يتقاضى من الدين شيئًا، لا شىء لورثتهَ؛ كالعامل يموت قبل الشغل؛ لعدم تعين الحق [له][(1)]، وإنما يستقل لهم ما تعين له، وإلا فلا شىء لهم.

وإن مات الجاعل فلا شىء للمجعول ولا لورثته إلا بتمام العمل، إلا أن يشاء ورثة الجاعل؛ لانتقال الحق لهم، أو مات الذى عليه الحق، فللمجاعل جعله فى التقاضى.

ولا يجاعل على تخليص الميراث إلا أن يكون معروفًا، ولا على الأخذ بالشفعة على أن له نصف الشقص - ولو أجزناه فى الدين - لأنه بيع ما لم يملك ويجوز: ما قضيت من الدين فلك ربعه إذا عرف الدين؛ لأنه قد ينفق فى سفره أكثر من الدين، ويمتنع فى طعام من سلم؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه.

فرع: قال ابن يونس: استخف مالك أن يجاعله على أن يدله على من يبيع منه، أو يشترى، أو يستأجر.

ودلالة الرجل على من يتزوج أو المرأة ممنوع، ولا شىء له إن فعل؛ لأن النكاح لا بيع فيه ولا كراء، وإنما يكون الجعل بكون ذلك.

وجوزه عبد الملك؛ لعموم المنفعة.

وأما إن قال: اسع لى فى زواج بنت فلان، أجازه ابن القاسم إن لم يكن فيه سفر؛ لئلا يضيع تعبه.

وجوز ابن حبيب الجعل فى الدلالة على الطريق وانتقاد المال.

الركن الرابع: الجعل:

وفى الجواهر: شرطه: أن يكون معلومًا مقدورًا، كالأجرة، ويمتنع بنصف الآبق

---

(١) سقط فى أ.

للغرر، وله أجر مثله، وقاله الأئمة.

قال ابن يونس: قال مالك: يمتنع: بعه ولك من كل درهم كذا، إذا لم يسم ثمنًا، فإن قال: إن بعته بعشرة فلك من كل درهم سدسه، جاز، فإن باعه بأكثر، فليس له إلا سدس العشرة؛ كأنه قال: بعه بعشرة ولك سدسها.

ولو قال: فما زاد فبحسابه، فسد؛ للجهالة، ويمتنع بيعه بأقل من عشرة؛ لأنه الشرط.

وإذا قال: لك من كل درهم سدس فباع فله جعل مثله؛ لبطلان العقد.

ولو قال: لك الجعل بعته أم لا:

قال ابن حبيب: يمتنع؛ لأنها إجارة فاسدة، وله أجرة مثله.

قال محمد: كل جعل فاسد ففيه إجارة المثل.

قاعدة: العقود المستثنيات من أصول إذا فسدت هل ترد إلى صحيح نفسها فيما يستحق؛ لأنه الأصل، أو صحيح أصلها؛ لأن الشرع استثنى الصحيح من ذلك الأصل إذا كان شرعيًا، والفاسد لم يستثن فيرد إلى الأصل الأول المستثنى منه، وهذا كفساد المساقاة والقراض، والجعالة فيها قولان.

قال ابن يونس: يمنع[1]: إذا بعت فلك درهم، وإلا فلك نصف درهم، له أجرة مثله [باع أم لا، وقيل: إن باع فله أجر مثله][2]، وإلا فلا شيء له؛ لعدم العمل وفساد العقد.

فرع: قال اللخمي: يجوز السكوت على الجعل إذا كان معلومًا عادة؛ لتعيين النقد بالعادة.

فرع: في الكتاب: يجوز على كل دابة يشتريها دينار، وله رد المال متى شاء، ولا يضمنه؛ لأنه أمين.

فرع: في الكتاب: إن جئتني بالعبدين الآبقين فلك دينار [يمنع][3]، فإن أتى بأحدهما فله أجرة المثل.

وقال ابن نافع: نصف دينار؛ نظرًا للرضا بالتسمية.

---

(١) في أ: يمتنع.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.

قال اللخمى: وقال أشهب: يقسم على قدر القيم يوم الإباق؛ لأن الجعل إنما يدل على ما يعرف منه يوم الإباق.

والمشهور أبين؛ لأنهما لم يدخلا على أن الجعل على العدد، أو القيم، ولو جعلاه على القيم لفض، أو على العدد لقسم نصفين، وهو أخف من جمع الرجلين سلعتهما، وإن قالا: يوم الوجود، فسد اتفاقًا؛ للجهل بحالة الوجود حينئذ، ولو سمى لكل عبد جعلًا مختلفًا على قدر قيمته، والمجعول له يعرفه، جاز، وإلا فقولان لمالك، ورجع للمنع؛ لأنه قد يقبض أحد العبدين، ويكون المراد غيره، فإن استوى الجعل واختلت القيم فله قولان أيضًا.

قال ابن يونس: قيل: إنما يجوز الجعل على الأعداد لا على القيم، فعلى هذا تجوز المسألة؛ لأن حصة من يأتى به معلومة، والخلاف إنما يجرى حيث أبهم اللفظ، لو قال: إن جئت بهما فلك دينار وإلا فلا شىء لك امتنع اتفاقًا؛ لئلا يبقى للجاعل ما ينتفع به وأجاز مالك: لك فى كل ثوب تبيعه درهم، ومنع فى كل دينار درهم، وأجاز فى كل آبق يأتى به [دينار][1]، إذا سمى عددهم.

وقال ابن يونس: لا تشترط التسمية.

فرع: قال اللخمى: يجوز الجعل مضمونًا، ويمتنع ضرب الأجل؛ لأنه قد يحل قبل وجود الآبق، فإن جعلا مبدأ الأجل بعد وجوده جاز، فإن كان الجعل عينًا معينة امتنع، وللجاعل الانتفاع بها، ويغرم المثل إذا أتى بالعبد.

وإن كان مكيلًا، أو موزونًا لا يخشى تغييره إلى وجود الآبق، أو ثوبًا - جاز ويوقف، وإن خشى تغييره - كالحيوان - امتنع؛ للغرر.

فرع: فى الكتاب: يجوز حصاد الزرع وجدّ[2] النخل والزيتون بنصفه، وليس له تركه؛ لأنها إجارة، وبيع نصفه إن قال: افعل ولك ذلك، وإن قال: فما حصدت فلك نصفه، فهو جعل، وله الترك متى شاء، ومنع غيره هذا التوهم؛ لجهالة فى المعمول والمأخوذ.

ويمتنع: فما حصدت اليوم فلك نصفه؛ لامتناع بيع ذلك، إلا أن يشترط الترك

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: وجذ.

متى شاء، بخلاف ضرب الأجل، ويمتنع: انفض الشجر بنصف ما ينتفض؛ للجهالة، ويجوز انفضه كله ولك نصفه؛ لجواز بيع نصفه.

قال صاحب التنبيهات: استدل بعضهم بحصاد الزرع بنصفه على جواز بيعه محصودًا، وهى رواية أشهب عن مالك، ورواية ابن القاسم: المنع، وليس كذلك؛ لأنه وجب له بالعقد لا بالحصاد؛ لأن الهالك منه قبل الحصاد وبعده من الأجير، وهو باع منافعه بنصف الزرع، فهو يحصد لنفسه، وذلك النصف هو المبيع قائمًا لا محصودًا.

قال صاحب النكت: قال ابن القاسم: إذا حصده أو نفضه فاحترق، فمنهما، وعليه حصد مثل [ما] بقى عليه.

قال سحنون عليه قيمة نصف الزرع دون حصاد مثل نصفه؛ لأن الزرع يختلف.

ولو قال: فما حصدت فلك نصفه، وضمان ما حصد منه، وما لم يحصد من ربه، ولا يتبع أحدهما الآخر بشيء؛ لأنها جعالة.

ولو قال: احصده وادرسه، وصَفِّه، ولك نصفه، فهلك بعد حصاده - فضمانه كله من ربه، وللأجير أجرة مثله؛ لفساد الإجارة.

قال ابن يونس: عن مالك: منع: ما لقطت اليوم فلك نصفه، وإن اشترط الترك متى شاء. قال اللخمى: يمتنع احصده وادرسه ولك نصف ما يخرج؛ لأن الخارج مجهول، بخلاف: على النصف؛ لأن النصف الآن على هيئته وهو شريك يحصد، ويدرس لنفسه.

فرع: قال ابن يونس: قال عبد الملك: إذا حملت الدابة قبل عمل فيها ثم طلبت الجعل يمتنع؛ لأنها صارت أمانة، والأمانة لا يؤخذ عليها جعل.

فرع: فى النوادر: تجوز المجاعلة على بناء طاحون، وله نصفها، وعلى إصلاح القناة سنة، وعلى بناء الدار بصفة معلومة بسكناها سنة؛ لأن ذلك متقارب عادة.

النظر الثانى: فى أحكامها: وفى الكتاب: هى على الجواز، للمجاعل الترك متى شاء.

وفى الجواهر: هى جائزة من الجانبين ما لم يشرع فى العمل؛ كالقراض.

ولأنها معلقة على شرط فأشبهت الوصية، فإن شرع فمن جانب الجاعل خاصة.

وحكى اللخمى قولين آخرين:

أنها تلزم بالقول فى حق الجاعل خاصة دون المجعول له.

وأنها كالإجارة تلزمهما بالقول.

وبالجواز من الجانبين قال (ش).

قال ابن يونس: فى كتاب ابن حبيب: تلزم الجعالة بالعقد قبل العمل، ولا تلزم المجعول له.

قاعدة: العقود قسمان:

منها ما يستلزم مصالحها التى شرعت لأجلها، فشرعت على اللزوم؛ كالبيع، والهبة، والصدقة، وعقود الولايات - فإن التصرف المقصود بالعقد يمكن عقيب العقد، وهذا القسم هو الأصل؛ لأن الأصل: ترتب الأحكام على أسبابها.

ومنها: ما لا يستلزم مصلحته، كالجعالة؛ فإن رد الآبق قد يتعذر فشرعت على الجواز، ولكل واحد من المتعاقدين فسخ العقد على نفسه؛ لئلا يلزمه ما لا يتعين مصلحته، ومن هذا القسم القراض.

نظائر: قال أبو عمران: خمس مسائل لا تلزم بالعقد:

الجعالة، والقراض - وقال ابن حبيب: يلزم - والمغارسة، والوكالة، وتحكيم الحاكم ما لم يشرعا فى الحكومة، وقيل: يلزمهما.

فرع: قال ابن يونس: قول مالك: «للمجعول له الترك متى شاء ولا شىء له»، معناه: إلا أن ينتفع الجاعل بما عمل، مثل: حمل خشبة إلى موضع فيتركها فى بعض الطريق، أو حفر بئر فيحفر بعضها فيستأجر المالك على الباقى فيكون للثانى أجرة، وللأول بقدر ما انتفع الجاعل، ويحط عنه من أجرة الثانى؛ لئلا يكون أكل المال بالباطل.

وفى المستخرجة: لو كان جعل الأول خمسة، وبلغها النصف، وأجرة الثانى عشرة، فللأول عشرة؛ لفعله مثل الثانى.

قال: وفيه نظر؛ فإن الجعل يجوز مع الغبن، والإجارة قد تغلو بعد ذلك.

فرع: قال مالك: المجاعل على البيع والشراء ليس عليه ضمان الثمن ولا السلعة؛ لأنه كالوكيل، وله جعله إن ضاعا.

فرع: قال: قال ابن القاسم: الجعل على البيع ثلاثة أقسام:

يسمى الجعل والثمن.

ولا يسميهما، ويقول: بع بما رأيت، وإن لم تبع فلا شيء لك منها، فهذان جائزان.

والثالث: بعته أم لا، فلك درهم، يمتنع إلا بضرب الأجل؛ لأنه إجارة.

فإن قال: فإن لم تبع، فلك أقل من درهم، امتنع؛ للجهل بالجعل.

فرع: قال: إذا قال: لا تبع إلا بإذني، فسد؛ للحجر، والأشبه: رده للإجارة الفاسدة، كأن المطلوب الإشهار فقط، فإذا وصل القيمة فله أجر مثله؛ لأن المقصود قد حصل.

وإن أشهر بعد الإشهار، وفطن به ففسخ، فهل له بقدر عمله، أو لا شيء له؛ بناء على أنها إجارة فاسدة أو جعالة؟

قال اللخمي: إذا أدركت الجعالة الفاسدة قبل الشروع فسخت، أو بعده مكن من التمادي، على القول: بأن الجعالة الفاسدة ترد إلى الجعالة الصحيحة دون الإجارة؛ لأن فسخها قد يذهب بعمله باطلًا، وإن رددناها للإجارة فله من الأجرة بقدر عمله.

والأول أحسن، فلا يمنع من التمادي؛ فإن أتى من الثمن بما تباع به فله جعل المثل، باع الجاعل أم لا، وإلا فلا شيء له، فإن سمى ثمنًا فوصله، استحق، وإلا فلا.

فرع: قال اللخمي: قال مالك: نفقة الآبق على المجعول له، وله الجعل فقط؛ لأن الجعل قبالة إحضاره مكفى المئونة، وقاله (ش).

ولو قال: إذا لم آت به [فلي][(١)] النفقة، ففاسد، فإن جاء به فجعل[(٢)] مثله، وإلا فلا شيء له، قاله[(٣)] ابن القاسم.

وقال أيضًا: إن لم يجده فأجرة المثل، فرده إلى الإجارة الفاسدة؛ لما جعل له شيئًا ثابتًا على كل حال.

فرع: قال: إن هرب الآبق في الطريق أو ليلة قدومه على سيده، سقط الجعل والنفقة؛ لعدم التسليم، وقاله (ش).

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: قبل.
(٣) في أ: وقال.

فرع: فى الكتاب: إذا جعل فى عبده لرجل [عشرة ثم لآخر خمسة][1] فأتيا به، فالعشرة بينهما أثلاثًا؛ لأنها بنسبة الخمسة إلى العشرة وهو قد رضى بالعشرة.

قال ابن نافع: لكل واحد منهما نصف جعله؛ لأنه الذى رضى به، ويقع التشطير بالمناجمة.

قال صاحب [النكت][2]: إن جعل لأحدهما عرضًا، وللآخر عشرة:

فعلى قول ابن نافع: لصاحب العرض نصفه، وللآخر نصف العشرة.

وعلى قول ابن القاسم: يقوم العرض، فإن ساوى خمسة فلصاحب العشرة ثلثا العشرة، ويخير الآخر بين ثلث العشرة أو ما قابل ذلك من العرض، وهو ثلثا ذلك العرض.

فرع: قال ابن يونس: إذا تعيب العبد قبل الوصول عيبًا لا يساوى الجعل، أو قبل وجدانه - قال مالك: له الجعل كاملًا؛ لأنه أتى به، وكذلك الاستحقاق وظهور الحرية.

وقال أصبغ: لا شىء له فى الحرية الأصلية؛ لأنه غير المجعول عليه.

قال محمد: ويرجع فى الاستحقاق على المستحق بالأقل من ذلك أو جعل مثله؛ لأن من أتى بآبق له جعله.

قال اللخمى: قال ابن القاسم لا شىء على المستحق [بأقل من ذلك][3].

قال وهو الأقيس، إلا إن كان المستحق يطلبه بنفسه.

فرع: قال اللخمى: إذا هرب الآبق منه فترك العمل، فجاء على غيره بعد عوده إلى موضعه الذى أخذ منه، أو قريبًا منه - لم يكن للأول شىء، وإن أخذه فى الموضع الذى وصل إليه الأول، أو قريبًا منه، وقد جعل للثانى جعل موضع الهرب، فللأول بقدر ما انتفع سيده.

وإن جعل للثانى طلبه حيث يجده - قرب أو بعد - وكان الجعل فيه الآن مثل الجعل الأول، لم يكن للأول شىء، وإن كان الثانى أقل؛ لأنه لا يطلبه إلا فى الموضع القريب، والأول بقدر ما انتفع، قاله ابن القاسم.

---

(١) فى أ: خمسة ثم لآخر عشرة.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى أ.

فرع: فى الجواهر: من أخذ آبقًا فأرسله عمدًا، ضمنه؛ لأنه متلف لمال معصوم.

فرع: قال: فإن أتلف منه قريبًا فجاء به آخر، قال مالك: الجعل بينهما.

فرع: قال: تجوز الزيادة والنقصان فى الجعل قبل فراغ العامل.

فرع: قال: إن أنكرت سعى العامل فى الرد، صدقت؛ لأن الأصل: عدم السعى، أو تنازعتما فى مقدار الجعل، تحالفتما، وله جعل المثل.

تنبيه[1]: قال: تردد بين الجعالة والإجارة الطبيب على البرء، وتعليم القرآن، واستخراج المياه من الآبار والعيون والمغارسة، وكراء السفن، وكذلك اختلف: هل هى على البلاغ كالجعالة أم لا؟ وهذا التردد منشأ الخلاف فى هذه الفروع.

فرع: فى النوادر: لو جعل على تقاضى الغريم فأبرأه أو أخره بعد شروع المجاعل فى التقاضى، أو جعل فى آبق فأعتقه بعد الشروع - فللمجاعل الجعل؛ لأن المنع من قبل الجاعل، وإن لم يشرع فلا شىء له.

* * *

(١) فى أ: فرع.

كتاب القراض

وفيه مقدمتان وبابان:

المقدمة الأولى فى لفظه، وله اسمان:

«القراض» و «المضاربة».

أما لفظ «القراض»: فقال صاحب «العين»: أقرضت الرجل: إذا أعطيته ليعطيك، فالمقارض يعطى الربح كما يعطى المقترض مثل المأخوذ.

وقال غيره: هو من «المقارضة»، وهى: المساواة، ومنه: تقارض الشاعران: إذا استويا فى الإنشاد؛ لأنهما يستويان فى الانتفاع بالربح.

وقيل: من القرض الذى هو القطع، ومنه: قرض الفأر الثوب؛ لأنك قطعت من مالك له قطعة، وهو قطع لك جزءًا من الربح الحاصل بسعيه.

ويسمى مقارضًا مع أن المفاعل لا يكون إلّا من المفاعلة التى لا تكون إلا من اثنين، نحو: «المخاصمة»، و «المضاربة»:

إما لأن كليهما[1] يساوى صاحبه فى الربح، ويقطع له ما تحت يده.

أو لاشتراكهما فى العقد على سبيل المجاز، من باب التعبير بالمتعلق.

أو هى من الصيغ التى لا تقتضى الشرْكة؛ نحو: سافر، وعافاه الله، وطارقت النعل، إذا جعلته طاقًا على طاق.

فأما لفظ المُضَاربة:

فإما أن كليهما يضرب فى الربح بنصيب.

وإما من الضرب فى الأرض الذى هو السفر، ومنه قوله - تعالى -: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠].

قال ابن عطية: فى تفسيره: فرق بين ضَرْبٍ فى الأرض، وضَرْبِ الأرض: أن الأول: للتجارة، والثانى: للحج والغزو والقربات؛ كأن المسافر للتجارة منغمس فى الأرض، [ومتاعها][2]، فقيل: ضرب فيها، وللمتقرب فيها إلى الله - عز وجل - برئ من الدنيا فلم يجعل فيها.

---

(١) فى أ: كلاهما.

(٢) سقط فى أ.

ويسمى «مفاعلة» على أحد التأويلات المتقدمة فى المقَارَض، والمُقَارِض بالكسر: رب المال، وبالفتح: العامل، والمضارب - بالكسر -: العامل عكس الأول؛ لأنه الذى يضرب بالمال.

قال بعض اللغويين: وليس لرب المال اسم من المضاربة بخلاف القراض.

المقدمة الثانية فى مشروعيته وأصله:

من الكتاب: قوله - تعالى -: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]

وهو بيع منافع بجزء من الربح.

ومن فعل(١) الصحابة - رضوان الله عليهم - ما فى الموطأ: أن عبد الله، وعبيد الله ابْنَى عمر - رضوان الله عليهم - خرجا فى جيش إلى العراق، فلما قفلا مرًّا على أبى موسى الأشعرى - وهو أمير البصرة - فرحب بهما وسهَّل، ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به، ثم قال: بلى، ههنا مال من مال الله - تعالى - أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسْلِفكماه فتبتاعان به متاعًا من العراق، ثم تبيعانه بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون لكما الربح.

فقالا: وددنا. ففعل، وكتب إلى عمر أن يأخذ منهما المال، فلما قدما باعا فأربحا، فلما دفعا ذلك إلى عمر قال عمر: أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟

قالا: لا.

فقال عمر: ابنا(٢) أمير المؤمنين فأسلفكما! أديا المال وربحه.

فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغى لك يا أمير المؤمنين هذا، لو نقص المال أو هلك، لضمناه.

فقال عمر: أدياه.

فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر:

يا أمير المؤمنين، لو جعلته قراضًا؟ فقال عمر: قد جعلته قِراضًا. فأخذ عمر المال، ونصف ربحه، وأخذ ابناه(٣) نصف الربح(٤).

---

(١) فى ط: عمل.

(٢) فى ط: أبناء.

(٣) فى ط: أبناؤه.

(٤) أخرجه مالك (٢/ ٦٨٧) حديث (١)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١١٠)، وفى معرفة =

ويقال: الرجل عبد الرحمن بن عوف.

سؤال: كيف يمكن جعله قِراضًا بعد ما كان قَرْضًا! وإلزام ذلك فى القَرْض خلاف الإجماع، وأكل المال بالباطل؛ لأن الربح مِلْكُ المقترض[1] إجماعًا، فأخذه [منه][2] غصب؟

جوابه: قال الطرطوشى فى «سرَاج الملوك»:

جعل عمر - رضى الله عنه - انتفاعهم بجاه العمل للمسلمين[3] له نصف الربح؛ كأن المسلمين ساعدوهما فى ذلك، وهو مستند فى تشطير عماله فى أموالهم، فهو كالقراض.

سؤال: أبو موسى حكم عدل، وقد تصرف بوجه المصلحة؛ لأن المال يصير مضمونًا فى الذِّمَّة، فهو أوْلى من بعثه على وجه الأمانة، مضافًا إلى إكرام من ينبغى إكرامه؛ فهو تصرف جامع للمصالح فيتعين تنفيذه وعدم الاعتراض عليه؟

جوابه: أن عدم التعرض إنما هو بين النظراء من الأمراء، أما الخليفة فله النظر فى أمر نوابه، وإن كان سدادًا.

أو نقول: كأن فى هذا التصرف تهمة تتعلق بعمر؛ بسبب أنه إكرام لابنيه، فأراد إبطالها والذب عن عرض الإمامة بحسب الإمكان.

وفى المُوَطَّأ: أن عثمان بن عفان - رضى الله عنه - دفع قِراضًا على أن الربح بينهما[4].

وقياسًا على المُساقَاةِ التى هى مَوْرد السُّنَّة بجامع الضرورة؛ إذ ليس كل الناس يقدر على تنمية ماله.

وأجمعت الأمَّة عليه.

* * *

= السنن والآثار (٤/ ٤٩٧)، والدارقطنى (٣/ ٦٣)، وينظر التلخيص (٣/ ١٣٩).

(١) فى ط: للمقترض.

(٢) سقط فى أ.

(٣) فى أ: المصلين.

(٤) أخرجه مالك (٢/ ٦٨٨) حديث (٢)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١١١)، وينظر التلخيص (٣/ ١٣٩).

الباب الأول

في أركانه، وهي خمسة:

الأول والثاني: المتعاقدان:

وفي الجواهر: لا يشترط فيهما إلا ما يشترط في الوكيل والمُوَكِّل.

ولو قارض العامل بغير إذنك فهو متعد؛ لأنك لم تؤمن الغير، ويجوز تعدد العامل والمالك؛ بشرط توزيع الربح بين العمال بقدر الأعمال؛ كتوزيع الأثمان على السلع.

فرع: في الكتاب للمأذون دفع القِرَاضِ وأخذه؛ لأنه تجارة، ولا يضمنه المأذون.

قال ابن يونس: قال أشهب: القراض إجارة؛ فلا يأخذه كما لا يؤجر نفسه، وإذا أخذا قراضًا فالربح كخراجه؛ لأنه بيع منافعه فلا يقضى من دَيْنه، ولا يتبعه إن عتق.

قال اللَّخمي: فإن قارض غير المأذون فلسيده الأكثر من المسمى، أو قراض المثل، أو أجرة المثل؛ لرضاه بالمسمى، أو استيفاء المنفعة.

فرع: في الكتاب: لك مُقَارضة عبدك وأجيرك إذا كان مثل العبد؛ لأنه استيفاء منفعة، ومنع سحنون الأجير؛ لأنه [فسخ][1] دَيْن في دَيْن، وللمكاتب أن يبضع ويدفع قراضًا ويأخذه؛ لأنه تنميةٌ لماله.

قال صاحب التنبيهات: قال ابن ميسر: منع سحنون؛ لأن القراض أخف مما استأجر له، فألحقها بمصلحة اشترطها العامل لنفسه.

وقيل: معنى قول ابن القاسم: أن الأجير باق على الخدمة وهو يتجر في خلالها، إذا[2] وجد سِلْعة ابتاعها.

وقال يحيى بن عمر: إن استأجره ليتجر له جاز القراض؛ لأنه من المنفعة الأولى، [أو][3] للخدمة، امتنع، أو ليقارضه، امتنع أيضًا؛ لأن عمل القراض غير منضبط.

---

(١) سقط في أ.

(٢) في ط: إذا.

(٣) سقط في ط.

وقيل: معنى قول ابن قاسم: أنه ملك جميع خدمته؛ فصار كالعبد، وما استأجر فيه بعضه عمل القراض، وهو نحو قول يحيى.

قال صاحب النكت: قيل: معنى قوله[1] «إن كان مثل العبد» أنه استأجره ليجيئه بالغلة ولم يؤقت عليه ما يأتيه به، بل يتخير بالسُّوق، فلم ينقله بالقراض من عمل إلى عمل، بل أسقط عنه بعض الربح، ولو كان عملا بعينه؛ كالبناء - امتنع؛ كما قال سحنون.

فرع: فى الكتاب: للعامل أخذ قراض من رجل آخر إن كان لا يشغله عن الأول؛ لأنه مالك لمنافع نفسه، وإلَّا فلا؛ لالتزامه مقتضى العقد الأول.

وجوزه (ش) مطلقًا؛ كالوكالة.

ومنعه أحمد مطلقًا؛ صونًا للعقد الأول عن الخلل.

فرع: فى الكتاب: لا أحب مقارضة من يَسْتَحِلّ الحرام أو لا يعرفه، وإن كان مسلمًا.

قال اللخمى: أما الجاهل بالصرف وبيع الطعام قبل قبضه، ونحوهما فيتصدق بالربح [من غير جبره][2]، إلا أن يعلم أنه عمل بذلك فيجبر على الصدقة بالفضل؛ لفساد العقد، وإن توقع تجره فيما لا يجوز بيعه، استحب الصدقة برأس المال والربح، فإن علم ذلك، أجبر على التصدق بالجميع؛ لأنه أخذه فيما لا يقابل بالمال؛ فالمال باق على ملك رَبّه.

قاعدة: الأموال المحرَّمة من الغُصُوب وغيرها، إذا علمت أربابها رُدَّت إليهم، وإلَّا فهى من أموال بيت المال تصرفه[3] فى مصارفه، الأَوْلى فالأَوْلَى من الأبواب والأشخاص، على ما يقتضيه نظر الصارف[4] من الإمام، أو نوابه، أو من حصل ذلك عنده من المسلمين، فلا تتعين الصدقة؛ [إذ] قد يكون الغزو[5] أولى فى وقت

---

(١) فى ط: قول ابن القاسم.
(٢) فى ط: غير من جبر.
(٣) فى ط: تصرف.
(٤) فى أ: المصارف.
(٥) فى أ: الصدقة.

أو بناء جامع أو قنطرة فتحرم الصدقة؛ لتعين[١] غيرها من المصالح، وإنما يذكر الأصحاب الصدقة فى فتاويهم فى هذه الأمور[٢]؛ لأنها الغالب، وإلا فالأمر كما ذكرته لك.

قاعدة: كل من فعل فعلًا، أو قال قولًا، أو تصرف تصرفًا من المعاملات، أو غيرها - لا يجوز له الإقدام عليه، حتى يعلم حكم الله - تعالى - فى ذلك، فإن تعلم وعمل أطاع الله - تعالى - طاعتين:

بالتعلم الواجب، وبالعمل إن كان قربة، وإلا فبالتعلم فقط.

وإن لم يتعلم، ولم يعمل، فقد عصى الله تعالى معصيتين:

بترك التعلم، وبترك العمل إن كان واجبًا، وإلا فبترك التعلم فقط.

وإن تعلم، ولم يعمل أطاع الله - تعالى - بالتعلم الواجب، وعصى بترك العمل إن كان واجبًا، وإلا فلا.

ونقل الإجماع على هذه القاعدة: الشافعى - رضى الله عنه - فى رسالته، والغزالى - فى إحياء علوم الدين.

وهذا القسم هو من العلم فرضُ عَيْن، وهو علمك بحالتك التى أنت فيها، وعليه يحمل قوله - عليه السلام -: «طَلَبُ العِلْمِ فَرِيضَةٌ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ»[٣].

وما عدا هذا القسم فرض كفاية؛ فلهذه القاعدة حرم على الجاهل كَسْبُه الحرام؛ كالعامد.

سؤال: من شرب خمرًا يظنه خَلًّا؛ أو وطئ أجنبية يعتقدها مباحة، أو أكل طعامًا نجسًا يعتقده طاهرًا - يعذر بجهله فى ذلك كله، وفى المعاملات وغيرها لا يعذر ويأثم، فما ضابط القسمين؟

قاعدة: الجهل قسمان:

منه: ما يتعذر الاحتراز منه غالبًا أو فيه مشقة، فجعله الشرع عُذْرًا لمن ابتُلى به،

(١) فى ط: لتعيين.
(٢) فى أ: الأجور.
(٣) أخرجه ابن ماجه (١/ ٨١) المقدمة: باب فضل العلماء (٢٢٤).
قال فى مصباح الزجاجة (١/ ٩٤) عن إسناده: ضعيف؛ لضعف حفص بن سليمان البزاز هذا، فلقد اتهمه بعضهم بالكذب والوضع، ولقد ذهب بعض أهل العلم إلى أن الحديث يتقوى بطرق تبلغ إلى درجة الحسن، فلقد قال السيوطى: رأيت له خمسين طريقًا، ولقد جمعتها فى جزء.

وهو تلك المثل ونحوها.

ومنه: ما ليس كذلك؛ فلا يعذر به.

فالفَحْص عن طهارة المأكولات، وحل كل عقد تناولها يعسر على الناس، وكذلك سائر النظائر، وإلا فالأصل: أن الجَهل لا يجدى خيرًا ولا يكون عذرًا.

فرع: فى الكتاب: أكره للمسلم أخذ قراض الذمى أو مُساقاته؛ للمذلة[1] وليس بحرام.

وأباحه (ش) ؛ لأنك تعمل بالحلال، وكره دفعك له؛ لأنه يعمل بالحرام.

وأجازه مالك مُسَاقِيًا، إن كان لا يعصر حصته خمرًا.

قال ابن يونس: قال محمد: إذا قارضت ذميًّا عالمًا به، يفسخ قبل العمل، ويمضى بعده حتى ينض المال، فيفسخ، وإذا كان النصرانى عاملًا فسخ.

قال سحنون: إذا قارض نصرانىٌّ نصرانيًّا، فاشترى خمرًا، فأسلم رب المال، والخمر قائمة بيد العامل، فقال رب المال: قارضتك بمال فادفع إلىّ مالى، والخمر اكسرها - يعطى للعامل قدر حصته من الربح خمرًا، وَيُراق ما يخص المسلم.

وإذا كان النصرانى عاملًا فاشترى خَمْرًا، هل يضمن لدخوله على بَيَاعات المسلمين؟ وقاله (ش)، كأحد الروايتين فى منع المسلم امرأته الذِمِّيَّة من الكَنيسة، وشرب الخمر.

ولا يكون متعديًا؛ لقوله فى المدونة: ولا يمنعها؛ لأن ذلك فى دينهم.

قال: والأول أشبه؛ لأنه متلف للمال بخلاف الزوجة.

قال اللَّخمى: وإذا كان الذِّمِّى العامل يعصر نصيبه خمرًا، يختلف: هل يفسخ؟ أو يمضى ويباع نصيبه عليه، إذا تم العمل؟ ولو لم ينظر فيه حتى تم، لكان له المُسمَّى، ويُباع ذلك المسمى.

فرع: قال ابن يونس: قال فى الكتاب: لا يعجبنى عمل الوصى بمال اليتيم مضاربة؛ للتهمة، وليقارض له غيره، فإن أخذه لنفسه بغير محاباة مضى، وإلا رد إلى قراض مثله.

الركن الثالث: رأس المال:

---

(١) فى ط: للمذمة.

وشروطه ستة:

الشرط الأول: أن يكون نقدًا.

وقاله (ش) و (ح).

ففى الكتاب: لا يجوز إلا بالدنانير والدراهم دون الفلوس؛ لأنها تبطل.

وعنه: الجواز، خلافًا لـ (ش) و (ح) ؛ لأنها فى معنى النَّقد.

ويمتنع بالعروض، والمثلى، من المكيل والموزون؛ للغَرر بتغير الأسواق عند المفاضلة؛ لأنه يرد مثل ما أخذ فيذهب عمله مجانًا بغلاء السعر، و [أَخْذِ جزء من][1] رأس المال يرخصه.

فإن وقع، فله أجر مثله فى البيع، وقِرَاض مثله فى التَّجر؛ لفساد العقد.

قال ابن يونس: إن نزل بالفلوس رد فلوسًا مثلها، إلا أن يشترط عليه صرفها دراهم ويعمل بها، فأجرة المثل وقِرَاض المثل.

وعن مالك: إجازته بها ابتداء.

قال اللخمى: لمالك فى الحلىّ: الجواز، والمنع؛ لأن الصياغة عرض.

وهو أقسام ثلاثة: جائز إن كانوا يتعاملون به.

وإلا فمكروه إن لم يتعذر المثل.

وإلا فممنوع.

وفى الفلوس أقوال، ثالثها: الكراهة؛ لشبهها بالعروض والنقود، اعتبارًا للشبهين.

قال صاحب المقدمات: القراض بالعروض له أربعة أحوال:

إن جعل رأس المال فهو غرر.

أو الثمن الذى يباع به، فهو اشتراط منفعة لك من حمل مؤنة البيع.

أو القيمة يوم الدفع، كان بيعًا منك للعرض بتلك القيمة، فإن باعه بأقل جبره بالربح فهو غَرَر.

أو القيمة يوم التفاضل، فهو يعمل برأس مال مجهول.

و تختلف هذه الوجوه على أصل ابن القاسم، فله فى الثانى: أجرة مثله فى

(١) سقط فى ط.

البيع، وقراض مثله فى العمل، إن لم يعثر عليه إلا بعده، وفى الثلاثة الأخر: أجرة المثل.

قال التونسى: بع لى هذه السلعة، ولك فى إجارتها كذا، واعمل بثمنها قراضًا - القياس: المنع؛ لأن القراض فى حكم الجعل، فلا يجتمع مع الإجارة على المشهور.

قال اللخمى: القراض بالمثليات والعُرُوض إن جعل رأس المال ما تباع به امتنع؛ لأنها إجارة بأجرة مجهولة وقراض فى عقد، إلا أن يكون ذلك يسيرًا، و يكون شأنه يعمل ذلك له من غير قراض، أو يقول: كلِّف من يبيع ويأتيك بالثمن، فيجوز؛ لعدم الإجارة.

وإن باع العرض بعرض ثم بنقد[١]، فله أجرة مثله فى العرضين، ثم قراض مثله [من وقت العمل بالعين][٢]. فإن قال له: بعه بالعين، فباع بالعرض تعدِّيًا - خُيِّر بين إجارة فعله؛ فيكون كما تقدم، أو يضمنه ويكون الربح والخسارة للعامل وعليه، وله قراض المثل فيما عمل فيه بعد بيع الثانى، إلا أن يكون الثمن الذى بيع به الثانى أكثر من قيمة الأول؛ فيكون ربح الزائد وخسارته له وعليه.

وقال ابن حبيب: رأس المال قيمة الأول إذا لم يأمره أن يبيع بعين فباع بعرض، وإن أمره بالعين، فرأس المال الأكثر من قيمة الأول وثمن الثانى، وله الأجرة فى بيع الأول دون الثانى؛ لأنه متعد.

قال اللخمى: جعله الأجرة له مع جعله[٣] رأس المال قيمته، لا وجه له؛ لأن القيمة قبل البيع فالبيع داخل فى عمل القراض.

فرع مرتَّب فى الكتاب: أكره شراءه من رب المال سلعة؛ لرجوع رأس المال، وصار القراض بهذا العرض.

قال ابن يونس: وعنه إباحته.

وإذا اشترى منه لنفسه لا للتجارة جاز، قاله اللخمى.

ويجوز لك بيع عروض من العامل للقراض بالنقد، وكرهه مالك بالنسيئة، [وإن

---

(١) فى ط: ينقد.
(٢) فى ط: فى وقت العين.
(٣) فى أ: جعل.

باع][١] كأنه أخره؛ ليرضخه.

وفي المنتقى: إذا اشترى منك عروضًا بمال القراض للقراض كرهه مالك؛ حذرًا من مغابنته لك، وعنه: التخفيف؛ قياسًا على الأجنبي.

وإن باع منك بعرض قبل التفاضل، جوزه يحيى بن سعيد، ومنعه مالك، وبعد التفاضل يجوز نقدًا، ويمتنع نسيئة عند مالك؛ خشية الربا، وجوزه ابن القاسم برأس المال فأقل، ويمتنع إلى أجل بأكثر من رأس المال؛ لقوة التهمة.

قال اللخمي: إن باعه بالنسيئة فسخه ابن القاسم، وألزم القيمة عند الفوت معجّلة، وأجازه يحيى بن سعيد ابتداء.

فإن غاب العرض امتنع اتفاقًا؛ خشية خسارة رأس المال فيؤخره فيتوقع البيع والسلف.

الشرط الثاني: أن يكون معلومًا؛ ليعلم الربح وما يرد عند الانفصال.

وفي الجواهر: يمتنع بصبرة دراهم.

الشرط الثالث: أن يكون مسكوكًا ففي الكتاب يمتنع بالنقار.

وقاله (ش) و (ح) ؛ لاحتياجها إلى التصرف فيها قبل عمل القراض؛ كالعروض[٢].

قال ابن يونس: قال محمد: إذا نزل بالنقار أمضى بعد العمل، وأمضاه أصبغُ قبله؛ لقوة الاختلاف.

قال ابن حبيب يرد مثلها عند المفاصلة إن عرف الوزن، وإلا فما بيعت به، أو العدد الخارج من ضربها، إلا أن يكون قال له بعها، أو استصرفها، فما باعها به أو ما حصل في الصرف عرف وزنها أم لا؛ لأنه الذي قدر رأس المال، وللعامل أجرته في الصرف، والضرب إن كان له مؤنة، وله قراض المثل.

وأجازه ابن القاسم في البلد الذي تجري فيه التبر، وليس خلافًا للمدونة؛ لأنها حينئذ كالنقدين.

قال اللخمي: في النقار أقوال لمالك، ثالثها: الكراهة.

الشرط الرابع: أن يكون خالصًا؛ فإن المغشوش فيه عرض. وقاله (ش).

---

(١) سقط في أ.

(٢) في ط: كالعرض.

وقال (ح): إن كان الغش النصف فأقل جاز؛ لأنه تبع، وإلا فلا.

وفى الجواهر: استثنى القاضى أبو الوليد: المسكوك منها فى بلد يكون التعامل فيه بها؛ لأنها هناك أصول الأموال.

واتفق الأصحاب على تعلق الزكاة بعينها، وهو دليل إعطائها حكم الخالص.

الشرط الخامس: أن يكون مسلَّمًا.

ففى الكتاب: يمتنع جعل وديعتك عنده أو دينك عليه قراضًا؛ لئلا يزيدك بتأخير الدين، ولعله أنفق الوديعة فتصير دينًا.

قال اللخمى: القراض بالدين جائز، إذا كان على موسر حاضر غير ملد ويتيسر اجتماع العامل به؛ كأنه قبض المال منك.

فإن كان على غائب يخرج لطلبه، فهو فى معنى الإجارة والقراض؛ فيمتنع للجهالة بالأجرة؛ لأنها بعض الربح.

وإن كان الدين عليه فأحضره، واستشهد، وبرئ من ضمانه، جاز أخذه قراضًا، فإن عمل قبل الإشهاد فالربح والخسارة له وعليه؛ استصحابًا لحكم الدين، قاله مالك.

وقال أشهب: الربح بينهما، فعلى هذا تكون الخسارة منك.

وإذا كان المودَع لا يتصرف فى الودائع، جاز جعلها قراضًا، أو كانت مما لا يتصرف فيها غالبًا - كالعرض - جاز، إذا قال: كلِّف من يبيعه والثمن قراض، وإن كانت عينًا وهو ممن يتسلف، منع، إلا بعد إحضارها، فإن عمل قبل ذلك، وادعى ضياعًا، أو خسارة صدق؛ لأنه إما مودع أو عامل، وكلاهما أمين يصدق، إلا أن يتهم بأن يعلم أنه تسلفها وهو متهم على ذلك؛ فيصدق بالربح، وإن كان شأنه التصرف فى الودائع لا يصدق فى الضياع؛ للتهمة.

وجوز (ش) الوديعة من غير تفصيل؛ لأن يده يدك.

فرع: فى الكتاب: يمتنع: اصرف هذه الدنانير ثم اعمل بها، أو: اقبض من غريمى دَينًا واعمل به، فإن فعل فله أجرة الصرف، والتقاضى، وقراض المثل.

قال صاحب التنبيهات: هذا إذا كان الصرف له بال، وإذا كانت معاملة البلد بالدراهم [ويصرفها ليشترى بالدراهم، جاز؛ لأنه نوع من التجر.

قال اللخمى: إذا دفعها ليصرفها بالدراهم، ويكون رأس المال الدراهم][1]، ويكون بيعها بالدراهم من جنس النظر - جاز، وإن كان ليكون رأس المال الدراهم: منعه ابن القاسم.

وأجازه أشهب، إن كان أجيرًا لبيع الشىء اليسير، وإلا فلا، إلا أن يكون لا يتولى بيعًا بل يجلس عند من يتولى ذلك فيجوز.

قال صاحب المنتقى: قال مالك: إذا لم يحضر الدين فليس لك إلا رأس مالك، أو أحضره ولم تقتضه، فالمشهور: المنع. وقاله (ش).

وقال عبد الوهاب: إذا أحضر الغاصب الدراهم، وقلت: لا أقبضها، اجعلها قراضًا، يجوز، فيجوز فى الدين.

ويحتمل الفرق بأن يكون الغاصب أحضر المال تبرعًا، والمديون اتفق معك على الإحضار، فلو تبرع كان كالقبض، فإن نزل فلك [الدين][2] فقط، قاله مالك؛ لأن القبض يفتقر إلى نقد ووزن، ولم يتفق فلا قبض.

وقال أشهب: يمضى؛ لأنه لما أحضره علمت براءته.

و أما الوديعة: فكرهها ابن القاسم؛ حتى يحضرها، وكرهها ابن حبيب من غير الثقة، وجوزها محمد، فإذا نزل فالربح بينكما على الأقوال الثلاثة، ولو أحضرها انتفت الكراهة، وكذلك المرتهن لنفسه أو لغيره.

نظائر قال العَبْدى: يخرج المال من الذمة إلى الأمانة فى ثمانى مسائل:

إذا عزل عشر زرعه فى بيته فضاع، ضمن، إلا أن يشهد على ذلك البينة.

وقال المخزومى: لا ضمان عليه.

وإذا قلت: كل طعام[3] السلم فى غرائرك أو بيتك، ثم قال: ضمن، إلا أن تشهد البينة عند ابن القاسم.

وإذا أمرته بالإنفاق على مرمة دارك[4] من الكراء صدق، إذا ظهر ما يصدقه، وإلا فلا.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: كل فى طعام.
(٤) فى ط: دراك.

وقال غيره: لا يصدقه إلا البينة.

وإذا باعه سلعة بثمن على أن يتجر به سنة جاز، إذا أخرجه من ذمته ببينة.

وقيل: يصدق بغير بينة.

وإذا قلت: اشتر لى بالدين الذى لى عليك عبدًا، فقال: فعلت وأبق - صدقه ابن القاسم.

أو قلت: اعمل بدينى قراضًا - منعه ابن القاسم، وجوزه أشهب.

وإذا قال: أنفقت الوديعة ورددتها موضعها - فأقوال، ثالثها: يصدق بالبينة.

والخروج من الأمانة [إلى الأمانة][1] كالوديعة تجعل قراضًا.

والخروج من الأمانة إلى الذمة؛ كالمودَع يقترض، أو العامل، أو الوكيل، أو الشريك.

فرع: قال الأبهرى: يجوز: إن احتجت أعطيتك، فإذا اشترى بأكثر، فأخذ الفضل جاز.

وإن قال: هذا مال القراض، كلما اشتريت دفعت لك، امتنع؛ لأنه لم يأتمنه[2].

الشرط السادس: أن يكون معينًا.

قال فى الجواهر: احترازًا من القراض على دين فى الذمة. وجعل هذا مع شرط التسليم شرطًا آخر.

الركن الرابع: العمل:

وهو عوض الربح، فى الجواهر: شروطه ثلاثة:

أن يكون تجارة غير مضيقة بالتعيين، أو التأقيت:

فالأول: احترازًا من الطبخ، والخبز وغيرهما؛ فإنها إجارة فاسدة.

والتحديد ببعض السلع أو زمان معين تحجير يخل بحكمة القراض؛ لاحتمال ألا تساعده الأسواق فى تلك السلعة أو ذلك الزمان.

وفى الكتاب: يمتنع اشتراط: عمل يد العامل الخفاف أو الصياغة، وإن نزل كان أجيرًا، والربح والخسارة لك وعليك.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى أ: يأمنه.

قال اللخمى: إذا نزل أربعة أقوال: ما تقدم.

وقال أشهب: أجرة [المثل][١] فيما عمل، وفيما سوى ذلك على قراض مثله.

وعن مالك: له سوى عمل يده، الأقل من المسمى، أو قراض المثل؛ لوجود السببين.

وقال ابن وهب: هما على قراضهما، ولا أجرة، وصنعته كتجره وسفره.

قال: وأرى أن يكون شريكًا بصنعته، ويفض ذلك بعد البيع، فما قابل الصنعه فله، أو المصنوع فلك على القراض، له فيه الأقل من المسمى أو قراض المثل.

فإن اشترى بعد ذلك، كانت الشركة بينكما على قدر الشركة فى الثمن الذى بيع به.

قال ابن يونس: قال يحيى بن عمر: هو أحق بما عمل من الغرماء حتى يأخذ أجرته فيما عمل دون القراض.

فرع: فى الكتاب: يمتنع اشتراط عملك معه؛ لأنه يوجب زيادة جهالة فى العمل، فإن نزل [فأنت][٢] أجير، وإن عملت بغير شرط كره، إلا اليسير.

قال اللخمى: يمتنع بالشرط والتطوع قبل شروعه؛ لأن لك انتزاعه، وتضعف التهمة بعد طول العمل ولك المسمى.

وإن أعنته بغلامك فعمل معه، أو دابتك، أجازه فى الكتاب؛ لأنها منفعة لكما لا تختص.

قال ابن يونس: ويجوز جعل غلامك معه بجزء من الربح للعبد دونك، كالعامل الأجنبى.

قال صاحب المنتقى: للغلام ثلاث حالات:

عامل بجزء من الربح.

وخادم للمال من غير ربح.

وأمين عليه.

فيمتنع الثالث فقط؛ لمخالفته لمقتضى العقد؛ فإن العامل وصفه الأمانة.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) سقط فى أ.

فرع: فى الكتاب: يمتنع أن يشترى، وتنقد أنت، أو تقبض الثمن، أو تجعل معه غيرك كذلك؛ لإخراجه عن الأمانة، وأن تجعل معه صديقًا ليبيع الصديق؛ لأنه تحجير.

ووافقنا (ش) على امتناع اشتراط: ألّا يشترى [من فلان][1]، أو لا يبيع إلا منه، أو لا يشترى إلا من نوع لا يعم، وعلى امتناع التوقيت.

وجوز (ح) جميع ذلك؛ قياسًا على الوكالة.

والفرق: عدم الغرر، وحصول المقصود فى الوكالة، بخلاف القراض: موضوعه التماس فضل الله - تعالى - فى الأرباح حيث كانت، وذلك يناقضه التحجير.

والوكالة وضعها أن تكون فى الأمر الخاص، حتى منع (ش) الوكالة المطلقة؛ فالتحجير شأنها، ومناقض للقراض؛ لأن وضع العامل أن يقوم مقامك[2] فى تنمية مالك، وتصرفك لا يختص بتصرفه.

الركن الخامس: الربح:

وفى الجواهر: له شرطان:

أن يكون معلومًا مضبوطًا بالجزء لا بالعدد.

احترازًا من قوله: لك من الربح ما شرط فلان، أو: لك من الربح عشرة دنانير، ولا يشترط تخصيصه بالعامل، بل له شرطه للمساكين؛ لأنها صدقة من العامل، أو لك؛ لأنها هبة منافعه لك.

ووافقنا (ش) فيما تقدم.

ومنع (ح) تخصيصه بأحدهما؛ لأن موضوعه الشركة فلا يغير[3].

وقال (ش) إن شرطته لنفسك فهو بضاعة، أو له فهو قرض، ونحن نجوّز الأمرين؛ لأن إسقاط الحقوق من مالكها مُجمع عليه.

وفى الكتاب: إن لم يسَمِّه وتصادقا على ذلك، أو قال: لك شرك، ولم يسمه - فله قراض مثله؛ تنزيلًا للإطلاق على ما قيده العرف.

وأبطله (ش) ؛ لعدم التعيين.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: مقامًا.
(٣) فى أ: تعتبر.

وقال غيره: فى الكتاب: «فى الشِرْكِ له النصف» ؛ كما لو قال: فلان شريكى، له النصف.

وفى التنبيهات: إذا قال: الربح كله للعامل.

قال سحنون: يكون ضامنًا؛ كالسلف.

قال فضل: ذلك إذا لم يشترط عدم الضمان؛ لأن الشرط يخرجه عن القراض، وقاله فى الكتاب.

قال اللخمى: إذا قال خذه قراضًا[١]، أو على أن لك جزءًا، ولم يسم شيئًا – فسد.

وإذا قال: اعمل به ولك ربحه ولم يسمه قراضًا، ضمنه العامل، وإن سماه فلا، ولفظ القراض كاشتراط عدم الضمان.

وضمنه سحنون وإن سماه.

ويمتنع: لك من الربح دينار؛ فقد يكون كمال الربح.

ويجوز: لك دينار من جملة المال إن سلم وعاد إلىّ؛ لأنها جعالة بشىء معلوم، ويجوز: لك دينار من عشرة؛ لأنه العُشر، ولك دينار والباقى بيننا نصفان، يمتنع؛ لأن الربح كله قد يكون دينارًا.

فرع: فى الكتاب: لك نقله بعد العمل عن النصف إلى الثلثين له، أو لك؛ كالزيادة فى الجعل.

قال اللخمى: يجوز ذلك قبل العمل وبعده عند ابن القاسم.

ومنع ابن حبيب بعد العمل؛ للتهمة فى عدم المعروف، بل لطلب الاستثمار. فإن تفاصلًا جاز اتفاقًا.

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إن كان المال عند الزيادة لا زيادة فيه ولا نقص، جاز، حركه أم لا؛ لأن كليكما ملك المقاسمة فلا تهمة، وإلا فلا؛ للتهمة[٢].

قيل: إذا قبل رب المال بعد العمل الثلث، وكان له الثلثان – فهى هبة مقبوضة، مات رب المال أو فلس. وإن كان ذلك للعامل فمات، سقطت؛ لأنها هبة لم تقبض.

فرع: فى الكتاب: تمتنع مقارضة رجلين، لأحدهما ثلث الربح، وللآخر

(١) فى ط: قرضًا.
(٢) فى ط: وإلا فلا تهمة.

سدسه- خلافًا لـ (ش)، و (ح) - كما لو اشتركا على مثل ذلك؛ لأن أحدهما يأخذ بعض ربح صاحبه.

احتجا: بأنهما فى المعنى عقدان، والقسمة فى الشركة على الأموال، لا على العمل، ولا مال لهما ههنا، وليست عندهما من شركة الأبدان، كما قلناه.

قال صاحب التنبيهات: قيل: ظاهر كلامه:

إذا كان عملهما على قدر نصيبهما؛ لتشبيهه بالشركة.

وقال حَمْديس: إن عملا مضى.

قال فضل: القياس: ردها إلى قراض مثلهما؛ لأنها زيادة داخلة على المال على أصله.

وقيل: يجوز؛ كأن رب المال وهب أحدهما.

قال ابن يونس: إذا اشترطت التفاوت فهما أجيران؛ لفساد العقد.

وقال أصبغ: إذا مضى بالعمل، فالنصف للعاملين على ما اشترطاه[1]، ويرجع صاحب السدس على صاحب الثلث بفضل أجرته؛ لأنه عمل أكثر منه.

قال ابن حبيب: ذلك إلا أن يكون أكثر مما فضله به من الربح.

قال محمد: لو شرطوا العمل على قدر الأنصباء كره فقط.

قال اللخمى: إن شاركت كل واحد بانفراده على التفاوت، فاشترطا من غير رضاك، أو برضاك من غير شرط فى القراض - جاز، وليس لأحدهما إلا ما رضى به.

وإن كان بشرطك، فسد عند ابن القاسم.

والقياس: الجواز؛ لأن كل واحد له بيع منافعه بما شاء.

وإن قلت: اعملا على أن لكل واحد منكما ربع الربح، ولم تشترط عملهما معًا، فعملا على فضل أحدهما الآخر - فهى شركة فاسدة، ويستويان فى الربح إن استويا فى العمل المفروض لهما، وإن فضل صاحبه بعد العمل على المساواة، جاز؛ لأنها هبة.

وإن قلت: لى النصف ولكما النصف، ثم اختلفا فى قسمته بينهما - قضى بينهما

(١) فى ط: شرطناه.

على قدر نهضتهما فى التجر؛ لأنه الذى يشترطه لو انفرد.

فهذه ست حالات لشركة التفاوت.

فرع: فى الكتاب: يمتنع دفع مائتين على أن يعمل فى كل مائة وحدها، وربح مائة لأحدكما، وربح الأخرى بينكما، أو ربح مائة بعينها لك وربح الأخرى له؛ للغرر، وهو أجير فيهما.

وكذلك على أن مائة [١]على النصف، ومائة على الثلث، ويعمل بكل مائة وحدها؛ لأنه قد يذهب عمله فى إحداهما مجانًا.

وكذلك مساقاة الحائطين حتى يكون على جزء واحد؛ ولأنه قد يباع فى إحداهما لأجل الأخرى؛ فيكون [من] [٢]أكل المال بالباطل.

قال ابن يونس: يريد فى المائتين، وربح مائة لأحدهما أو ربح مائة بعينها لك: أنه يجوز على الخلط؛ لرجوعه إلى جزء مسمى.

وكذلك المائتين على الجزءين المختلفين:

قال محمد: يجوز.

قال اللخمى: إن شرطت ربح أحدهما للعامل، فله أجرة المثل ما لم تجاوز الربح، وإن كان [٣]عليه خسارتها[٤]، كان سلفًا فاسدًا والربح والخسارة له وعليه.

وفيما يجب فى التى يشترط ربحها ثلاثة أقوال:

قراض المثل.

أُجرة المثل.

الأقل من المسمى أو قراض المثل إن شرط ربح المنفردة لك، أو الأكثر إن شرط ربحها له.

وإن كانت إحداهما قراضًا، والأخرى سلفًا:

قيل: يكون فى مائة القراض أجيرًا.

وقيل: قراض المِثل.

---

(١) فى ط: المائة.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: كانت.
(٤) فى ط: خسارتهما.

وقيل: الأكثر.

وعلى قول سحنون: الأكثر ما لم يقبض السلف، ويتم الربا بينهما.

وعلى قول ابن نافع: المسمى إن أسقط السلف؛ لذهاب المفسدة، وإلا فالأجرة وربح السلف للعامل، إلا أن يشترط عليه ألا يبين به، بل يعمل به فى جملة القراض.

ويختلف: هل يضمن والربح له، أو لك والضمان منك؛ لتحجيرك عليه؟

ولو دفعت مائتين على جزءين متفقين على عدم الخلط، امتنع؛ للتحجير، وألا يجبر إحداهما بربح الأخرى.

وإن أخذ مائة على النصف، فلم يشغلها حتى أخذ مائة على النصف أو الثلث، جاز، وله الخلط، إلا أن يشترط عدمه، [فيرد][1] الجواب المتقدم، فإن أشغل الأولى جاز فى الموافق.

وفى الكتاب: جواز المخالف.

ومنعه فى كتاب محمد.

ويمتنع أخذ الثانية بشرط الخلط بالأولى فى الموافق والمخالف؛ لأن الأولى قد تكون فيها خسارة فيجبرها بالثانية، ويكون للثانية بعض ربح الأولى، ومحمل الثانية على الحل حتى يشترط الخلط، وإن نضت الأولى وفيها ربح أو خسارة، امتنع أخذ الثانية بموافق أو مخالف، على الخلط والانفراد، عند ابن القاسم؛ سدًا للذريعة.

وأجازه غيره بثلاثة شروط:

أن يكون فى الأولى ربح.

والجزء موافق.

وعلى عدم الخلط.

ووافق ابن القاسم إذا كان فى الأولى خسارة؛ لأن مع الخسارة يكره[2] العامل على التمادى، فتعطيه ليرضى ويجبر الخسارة. ولو علم من العامل رده الأولى؛ ليستعجل نصيبه من الربح - منع مع الربح أيضًا، وينبغى إذا علمت رغبته فى التمادى أن تجوز الثانية بجزء مخالف.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: تكره.

وإذا عمل على الوجه الفاسد بشرط الخلط، قسط الربح على قدر المائتين يوم الخلط: فما ناب الأولى جبر به خسارته، وما ناب الثانية فله قراض المثل ما لم يجاوز المُسمى؛ لأنه رضى به على أن يجبر خسارة الأولى من جميع الربح، فإذا سقط ذلك عنه لم يزد على المسمى.

وكذلك إذا كانت الأولى فى عروض وخلطه بالثانى، فض الآن مانض على قدر ما يقع به الأول فى الثانى، فما ناب الأول يجبر الخسارة، وفى الربح على المسمى، وما ناب الثانى على الأقل من المُسمى، أو قراض المثل، إن كان فى الأول ذلك اليوم خسارة، فإن جهل ما بيع به الأول، فالفض على قيمته يوم خلط الثانى؛ [للضرورة][1].

فرع: فى الكتاب: إذا شرط ثلث الربح للمساكين، لا أحب الرجوع فيه من غير قضاء؛ لأن القربات لا يقضى بها.

قال اللخمى: إذا شرطا ثلث الربح للمساكين، والثلثان بينهما، ثم رجع فيه، فهو بينهما نصفان، فإن رجع أحدهما فله النصف، وللآخر الثلث، وللمساكين السُّدُس.

* * *

(١) سقط فى أ.

الباب الثانى

فى أحكامه

قال صاحب التنبيهات: مذهب الكتاب: أن القراض الفاسد يرد إلى أُجرة المثل، إلا فى تسع مسائل:

القراض بالعروض، وإلى أجل، وعلى الضمان، والمبهم، وبدين يقبضه من أجنبى، وعلى شِرك فى المال، وعلى أنه لا يشترى إلا بالدين فاشترى بالنقد، وعلى أنه لا يشترى إلا سلعة كذا - لما يكثر وجوده - فاشترى غيرها، وعلى أن يشترى عبد فلان بمال القراض ثم يبيعه، ويتجر بثمنه.

وألحق بالتسعة عاشرة من غير الفاسد.

ففى الكتاب: إذا اختلفا وأتيا بما لا يشبه، له قراض المثل.

والضابط: كل منفعة اشترطها أحدهما على صاحبه ليست خارجة عن المال، ولا خالصة لمشترطها، ومتى كانت خارجة من المال، أو كان غررًا حرامًا، فأجرة المثل.

فعلى هذه الثلاثة الأمور تدور المسائل.

وقاله ابن حبيب، إلا أنه يرى أن إجارة المثل فى الربح، فإن لم يكن فلا شيء له.

والمشهور: أنها متعلقة بالذمة، ربح أم لا، وقراض المثل متعلق بالربح إن كان، وإلا فلا شيء له.

وعن مالك: قراض المثل مطلقًا.

وعند محمد: قراض المثل ما لم يزد على المسمى إن كان رب المال المشترط، وإلا فالأقل من قراض المثل أو الأجرة، أو المسمى.

وقال ابن نافع: [فى القراض][(١)] إلى أجل: يسقط الشرط ويصح العقد.

وعنه - أيضًا -: لمشترط الزيادة إسقاطها، وتصح؛ كإسقاط شرط السلف فى البيع، فإن أتما فأجرة المثل.

---

(١) فى ط: فى المغيا.

وقال عبد العزيز بالأجرة مطلقًا فى كل فاسد، و (ش)، و (ح) ؛ نظرًا لاستيفاء العمل بغير عقد صحيح وإلغاء العقد بالكلية. فهذه سبعة أقوال.

قال صاحب «القبس»: فيها خمسة أقوال:

ثالثها - لابن القاسم -: إن كان الفساد فى العقد فقراض المثل، أو الزيادة فأجرة المثل.

ورابعها - لمحمد -: الأقل من قراض المثل، أو المسمى.

وخامسها: تفصيل ابن القاسم.

قال غيره: وقد نظم بعضهم مسائل ابن القاسم فقال:

وأجرة مثل فى القراض تعينت ... سوى تسعة قد خالف الشرع حكمه

قراض عروض واشتراط ضمانه ... وتحديد وقت والتباس يضمه

وإن شرطا فى المال شركًا لعامل ... وأن يشترى بالدين فاختل رسمه

وأن يشترى غير المعين للشرا ... فأعط قراض المثل من حال عزمه

وأن يقتضى الدين الذى عند غيره ... ويتجر فيه عاملًا لا يذمه

وأن يشترى عبدًا لزائد بيعه ... ويتجر فيما ابتاعه ويلمه

وفى الجواهر: ضابطها: كل ما شرط فيه رب المال على العامل [أمرًا فضره به على نظره، أو اشترط زيادة لنفسه، أو شرطها العامل][1] لنفسه - فأجرة المثل، وإلَّا فقراض المثل.

قال: وفصل ابن الحارث:

أن ما فسد لزيادة لا تحل أو[2] تخصيص لا ينبغى، فأجرة المثل، وإلا فقراض [المثل إلا فى مسألتين][3] اشتراط الضمان، وإمساك المال مدة معينة فقراض المثل.

قال: وعكس قول ابن حبيب غيره، فجعل القراض متعلقًا بالذمة.

فإذا جمعت هذه الأقوال من هذه الأمهات تزيد على العشرة.

تمهيد: منشأ الخلاف أمران:

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: و.
(٣) فى أ: إلا مسألتين.

أحدهما: أن المستثنيات من العقود إذا فسدت هل ترد إلى صحيح أنفسها[١]، كفاسد البيع، أو إلى صحيح أصلها؟ والقراض مستثنى من الإجارة؛ فيكون المستحق أجرة المثل؛ لأن الشرع إنما استثنى الصحيح لاشتماله على القوانين الشرعية، فإذا فسد المستثنى رجعنا إلى أصله؛ لأن الشرع لم يستثن الفاسد فهو مبقى على العدم، وله أصل يرجع إليه، وهو الفرق بينها وبين البيع: أن البيع ليس له أصل آخر يرجع إليه؟ فى ذلك قولان.

وثانيهما: أن أسباب الفساد إذا تأكدت، بطلت حقيقة القراض بالكلية؛ فتتعين الإجارة، وإن لم تتأكد اعتبرنا القراض، ثم النظر بعد ذلك فى المفسد:

هل هو متأكد أم لا؟ هو تحقيق مناط، و أما جعل الجميع فى الربح؛ فلرضاه بالربح، وجعل الجميع فى الذمة؛ فلسقوط العقد.

فرع مرتب: فى النكت: قال ابن القاسم: حيث يكون له أجرة المثل؛ فهو أسوة الغرماء؛ لتعلقها بالذمة، وحيث يكون قراض المثل أو مُساقاة المثل؛ فهو أحق بما فى يده من الغُرماء فى الموت والفلس؛ لتعلق حقه بالمال.

قال عبد الحق: ينبغى إذا كان أجيرًا فى المساقاة أن يكون أولى بالثمن فى الفلس فقط.

قال سحنون: إذا كان له أجرة مثله، وفيما عمله بعد ذلك قراض مثله فهو أحق بما فى يده فى الموت، والفلس. ولم يوجد لغيره.

فرع: فى النكت: قال ابن حبيب: يفسخ القراض الفاسد متى عثر عليه قبل العمل أو بعده، ويرد إلى قراض المثل، أو أجرة المثل.

وتفسخ المساقاة قبل العمل مطلقًا، وبعده إن كانت ترد إلى مساقاة المثل لم تفسخ، وإلا فسخت.

وقال غيره: لا تفسخ بعد العمل مطلقًا.

فرع: قال ابن يونس: تمنع هدية كليهما[٢] لصاحبه؛ للتهمة على التمادى؛ فهو بذل مال فى مجهول.

---

(١) فى أ: أنفسهما.
(٢) فى ط: كليكما.

وقد أجاز محمد ترك العامل النفقة[١] بعد شغل المال، وهو هبة؛ لوجوب النفقة له بالسفر، ومنعه قبل [الشغل][٢]؛ لعدم لزوم القراض؛ فكأنك اشترطت عدم النفقة فى العقد، وهو ممنوع؛ لمخالفة موجبه.

فرع: فى الكتاب: إذا اختلفتما فى جزء الربح قبل العمل، رد المال؛ لعدم اللزوم، إلا أن يرضى بقولك، أو بعده، صدق؛ كالصانع؛ لأنه بائع لعمله إن أشبه قوله، وإلا فقراض مثله.

وكذلك المساقاة، فإن ادعى جزءًا ما نحو: مائة درهم ونصف ما بقى، صدقت؛ لدعواك الحلال؛ لأنه أصل تصرفات المسلمين.

قال اللخمى: إن سلم المال بعد العمل تسليم إيداع حتى ينفصلا، فكعدم التسليم، أو تسليم بَتٍّ ويكون جزء المال سلفًا عندك، صدقت؛ لحصول يدك على المال.

فإن ادعى النصف، وادعيت مائة، وله ثلث الربح - جمع كلاكما بين الحلف على إثبات دعواه، ونفى دعوى صاحبه، فإن نكلت وحلف فله دعواه، إن حلفتما على إثبات الدعوى، وإلا فإن حلفت، ونكل، خير بين قراض المثل باليمين المتقدمة، أو تحلف يمينًا ثانية على إثبات دعواك، وتأخذ أجرة المثل.

وإن حلف أولًا، ونكلت، خير بين قراض المثل باليمين الأولى، أو يحلف ثانية على إثبات دعواه ويأخذها.

فرع: فى الكتاب: عقدا على الثلثين، واختلفا لمن هما، صدق العامل؛ لأنه البائع لعمله.

قال ابن يونس: قال محمد: إن اتفقا على عدم تبيين ذلك، جعلته لمن يشبه أن يكون ذلك له، فإن أشبههما فللعامل؛ لأنه بائع لعمله ولم يرض بإخراجه بدون ذلك، ويحلف.

قال ابن يونس: إنما يصدق بعد العمل، وقال: كانت نيتى ذلك، ويحلف: أنه كذلك نوى، فإن نكل، حلفت على نيتك.

---

(١) فى ط: للنفقة.
(٢) سقط فى أ.

قال بعض القرويين: هذا إذا ادعى[١] كلاهما أنه فهم عن صاحبه ذلك، أما إن قال: لم أفهم عن صاحبى شيئًا، لكنى ظننت ذلك - فالربح بينهما نصفان؛ لأن كليهما سلم الثلث لصاحبه، ونازع فى الثلث الآخر فيقسم بينهما.

قال ابن يونس: ويلزمه ذلك، إذا ادعياه مطلقًا، لكن لما كان العامل حائزًا صدق فيهما، ولا عبرة بما قال.

وقال صاحب النكت: اشتراط محمد الأشبه، خلاف المدونة.

قال اللخمى: إن ادعى كلاهما أنه فهم ذلك عن صاحبه بقرائن، فكما فى الكتاب[٢]، وإن لم يكن إلا العقد فسد القراض، ورد إلى قراض المثل؛ لأنها معاملة بمجهول، إلا أن يكون عادة؛ فيأخذ الثلثين من عادته الثلثان.

فرع: فى الكتاب: إذا قلت: مالى سلف عندك، وقال: قراض، أو وديعة صدقت مع يمينك؛ لأن وضع اليد ظاهر فى الضمان وهو يدعى إسقاطه.

قال ابن يونس: إن قلت: قراض، وقال: سلف - صدق؛ لأنك تدعى الربح، والأصل: عدم استحقاقك له.

وقال أشهب: إنما يصدق فى السلف إذا حرك المال، فإن تسلف قبل العمل، صدق.

وعن مالك: يصدق مطلقًا؛ لأن الأصل: عدم الضمان.

وإذا قلت: وديعة، وقال: قراض، أو قلت قراض، وقال: وديعة، أو قلت: قراض، وقال: بضاعة، أو قلت: غصب، وقال: وديعة، أو قلت: أقبضتكه[٣] من قرض[٤]، أو رددته إليك من قراض كان لك عندى، وقال: أودعتنيه - قال مالك، وابن القاسم فى هذا كله: تصدق أنت.

وإنما يفارق ابن القاسم، إذا قلت: قرض، وقال: قراض، أو وديعة، أو قلت: وديعة أو قراض، وقال: قرض، أو قلت: وفيتكه من قرض أو رددته من قراض، وقال: وديعة وقد ضاع صدقت عند ابن القاسم فى هذه الثلاث [فقط][٥].

---

(١) فى ط: إذا كان ادعى.
(٢) فى ط: النكت
(٣) فى ط: أقبضتك.
(٤) فى ط: قراض.
(٥) سقط فى أ.

وإذا قلت: قرض، وقال: قراض، وفى المال ربح وقف نصيبك من الربح؛ لأنك أنكرته، فإن طال تصدق به، وكذلك إذا قلت: وديعة، وعن ابن القاسم: لورثتك أخذه إن أحب المقدم دفعه من غير قضاء؛ لأن مورثهم[١] مات عن حق.

وفى الكتاب: إن قلت: أبضعتكه، فعمل به، وقال: قراض - صدقت مع يمينك، وعليك أجرة المثل.

قال ابن يونس: قال سحنون: إلا أن يكون دعواه من الربح أقل من أجرة المثل؛ فله الأقل، فإن نكلت صدق مع يمينه، إن كان ممن يستعمل مثله فى القراض.

قال محمد: إن كان الربح أقل من أجرة المثل، أو مثله، لا يحلف، ويأخذه، أو أكثر حلفت، فإن نكلت، حلف إن كان يستعمل مثله فى القراض.

وقيل: إن كانت العادة أن للبضاعة أجرًا، صدق إن كان [أقل][٢] من نصف الربح؛ لأنه يئول إلى اختلاف فى الربح، كقولك الثلث، وقوله النصف؛ فيصدق إذا أشهد[٣] مع يمينه.

وإن كانت إجارة مثله نصف الربح فأكثر فلا أيمان، ويعطى نصف الربح.

وإن كانت البضاعة لا أجر لها، فهو كقولك: عملته لى باطلًا، وقال: بأجر؛ فإنه يصدق.

وعلى قول الغير: يتحالفان، وله الأقل من أجرة مثله، أو ما أقر به.

قال: وقوله: «إن كان مثله يستعمل فى القراض» - مستغنى عنه؛ لأن من نكل فقد مكن خصمه من دعواه أشهد أم لا؟

قال اللخمى: إن قلت: بضاعة بغير أجرة، صدقت، أو: مثله لا يقارض، أو: مثل [تلك][٤] السلعة لا تكون قراضًا؛ ليسارتها - صدقت أيضًا.

وإن قال: بضاعة بأجر، وقلت: قراض صدق مع يمينه[٥]؛ لأنه يقول: عملت

---

(١) فى ط: لأن موروثهم.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: أشبه.
(٤) سقط فى أ.
(٥) زاد فى أ: قال ابن يونس: إذا قلت: قراض، وقال: سلف، صدق؛ لأنك تدعى أشبهت أم لا.

على الإجارة، وأنت تقول: [عملت على الجعالة][(١)].

وإن اختلفتما فى القرض والقراض فأيكما يصدق؟ قولان لمالك.

وقال أشهب: يصدق بعد تحريكه[(٢)]؛ لأنه مدعى عليه الضمان، وتصدق أنت إذا ضاع بعد التجر؛ لأنه يدعى تحريكه على ملكك، وأنه لم ينتقل.

وفى الكتاب: إذا ادعيت الوديعة وادعى القراض، صدقت؛ لدعواه طرح الضمان عن نفسه.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إن كان المال فى سلعة بعينها، فبيعت بفضل - قيل [له][(٣)]: إن سلمت أنه قراض، ادفع الربح من غير قضاء، فإن دفع لا يقضى عليك بأخذه[(٤)].

وقال ابن القاسم: إن ادعى الوديعة وادعيت القراض والمال فى سلعة، صدق؛ لأنك تدعى الربح. وإن رجع إليك بعد البيع لم يصدق.

فرع: فى الكتاب: إذا اختلفتما فى مقدار رأس المال، صدق؛ لأنه أمين.

قال اللخمى: إن ادعى أن نصفه ربح، وقلت: الكل رأس المال - صدق، إلا أن يقوم دليل [على][(٥)] كذبه؛ كقول أهل سوقه: ليس فى سلعة تلك المدة فائدة، أو يدل المشترى لعظمه على رأس المال، فتصدق أنت.

فإن كانا اثنين فوافقك أحدهما صدق الآخر؛ لأن يده على النصف، وله ما يخصه من الربح فإن كان الآخر عدلا جازت شهادته؛ لأنه لا يجر بها منفعة.

فإن قلت: مائتان، وقال أحدهما: مائة وخمسون، وقال الآخر: مائة - أخذ الأخير خمسة وعشرين إن كان القراض على النصف. واختلف فى الأول ورب المال على ثلاثة أقوال:

قيل: له ثمانية وثلث؛ لأن الباقى بعد الأول من الربح يقسم بينه وبينك على شرطكما، وقد كان لك جزءان وله جزء.

---

(١) فى ط: جعالة.
(٢) فى ط: تحريك.
(٣) سقط فى أ.
(٤) فى ط: بأجره.
(٥) سقط فى ط.

وقيل: له اثنا عشر ونصف؛ لأن يده على مائة فله منها ما يقر به، والآخر غصب صاحبه.

وقيل: لا شيء له؛ لأنك تبدأ برأس مالك وربحه على العاملين، ثم يقسم العاملان ما تدفع يدك عنه، وأحدهما غصب صاحبه، قاله سحنون.

ولو كانوا ثلاثة فقال أحدهم رأس المال: خمسون، وقال الثانى: مائة، وقال الثالث: مائة وخمسون، وأتوا بثلاثمائة:

فعلى قول أشهب: يد كل واحد على مائة، فله من الربح ما يقر به، فالأول يقول: يدى على مائة رأس المال فيها ثلث الخمسين والباقى له فيه نصفه، ويقول الآخر: رأس المال المائة التى فى يدى ثلث مائة، فله فى الباقى نصفه، ويقول الثالث: رأس المال فى التى فى يدى خمسون والربح خمسون؛ فله نصفها.

قال محمد: على القول بأن المغصوب على الجميع، إذا أخذ الأول أحدًا وأربعين وثلثين يكون للثانى خمسا الربح على قوله، وهو أحد وثلاثون وثلثان؛ لأن الباقى بعد أخذ الأول - على قول الثانى - مائة وثمانية وخمسون، وثلاثة أخماس، له خمسها، ولصاحبه الثالث خمس، ولك ثلاثة أخماس، ورأس المال على قول الثالث مائة وخمسون، والربح ستة وسبعون وثلثان، هى بينك وبين العامل أرباع: له منها تسعة عشر وثلثان، والباقى لك.

وعلى قول سحنون: إذا أخذ الأول أحدًا وأربعين وثلثين، وعاد المقال بين الثانى وبينك، تكون لك مائة؛ لإقراره أن رأس المال مائة، والربح مائتان، لك نصفها وهو مائة، والأول غصبك وغصب صاحبه، وله نصف المائة وخمسين إلا ثلثا، ثم يرجع إلى القائل برأس المال، مائة وخمسون والربح كذلك؛ فهو مقر أنك مبدأ عليهم بمائتين وخمسة وعشرين، وقد كان الباقى بعد ما أخذ الأولان مائتين وتسعة وعشرين ونصفًا، لك منها مائتان وخمسة وعشرون، وللثالث أربعة ونصف.

وإن قال العاملان: إحدى المائتين ربح والأخرى لك، وقال الآخر: إحداهما لك، والأخرى [لى][1] رأس مال:

قال أشهب: يصدق المُدَّعِى لنفسه المائة، ولا شيء لمدعى الربح؛ لأن يده على

---

(١) سقط فى ط.

المائة فيصدق فى ملكها.

فرع: فى الكتاب: إذا خسر فى البَزّ، فقلت: نهيتك عنه - صدق فى عدم النهى؛ لأن الأصل عدم العدوان والضمان.

قال ابن يونس: إن اذّان[1] واختلفتما فى الإذن فى الدين، صدقت.

والفرق: أن العدول بعد القراض، بخلاف الثانى.

فرع: فى الكتاب قال: رددت رأس المال إليك والباقى فى يدى ربح، صدقت ما دام فى المال ربح.

قال ابن يونس: معناه: إذا قال: الذى بيدى ربح بيننا؛ لإقراره بقيام حقك، أما لو قال: هو نصيبى فقط وأخذت نصيبك - صدق مع يمينه.

قال اللخمى: إن اختلفتما فى رده، صدق مع يمينه إن أخذه بغير بينة، وإلا فلا، هذا مذهب المدونة؛ لأن العادة: أن القابض ببينة لا يعطى إلا ببينة خشية منها.

وقال محمد: يقبل الكرى فى الرد وإن قبض ببينة.

فعلى هذا: يصدق ههنا، وينبغى أن يصدق إذا قال: رددت المال وهذا ربحه بيننا؛ كما لو ادعى رد بعض رأس المال.

تنبيه: تقدم فى الإجارة فى الرد أربعة أقوال، فتطالع من هناك.

فرع: فى الكتاب: أنفقت فى سفرى من مالى مائة درهم لأرجع بها فى القراض، يصدق، ربح أم خسر، إن أشبه نفقة مثله؛ لأنه مأذون له فى الإنفاق والتصرف، وإن ادعى ذلك بعد المقاسمة فلا؛ لانفصال عقد الأمانة بينكما.

قال ابن يونس: يريد: إلَّا أن يبقى من المال أقل من مائة درهم فليس له إلا ما بقى، ولا شىء له عليك؛ لأنك لم تأذن له فى شغل ذمتك.

وعن مالك: يقبل قوله بعد المقاسمة فى النفقة، ولا يصدق فى نسيان الزكاة إلا ببينة، أو أمر يعرف؛ لأن العادة: عدم تأخيرها، بخلاف النفقة.

فرع: قال ابن يونس: إذا سئل عن المال فقال: عندى وأقر، فأردت أخذه، فقال: هلك منه كذا، أو قلت ذلك لتقره عندى - لم يصدق؛ لتقدم إقراره المكذب له.

---

(١) فى ط: أداك.

فرع: قال: إذا اشترى جارية فقال: [لى][(١)] فيها كذا صدق مع يمينه؛ لأنه أمين فى الشراء.

تمهيد: قال اللخمى: يختلف فى القراض فى سبعة مواضع:

ضياعه، ورده، وخسارته، وجزء الربح، والذى ربحه، وقدر رأس المال، وهل هو بضاعة أو قراض أو قرض؟ وفى الصحة والفساد، فيصدق فى تلفه، وغرقه، وسرقته، ونحو ذلك؛ لأنك أمنته وإن لم يكن أمينًا.

واختلف فى تحليفه:

قال: وأرى غير المأمون أن يحلف، وإن قام دليل على كذبه، لم يصدق، وأغرم.

وإن اختلفا فى الجزء، صدقت قبل الشروع؛ لأن لك الانتزاع، وإلا صدق فيما يشبه؛ لأن له ألا يسلم إلا بما يريد، كالبائع والأجير.

ويصدق فى الخسارة لأجل السراق إن أتى بما يعضد السرقة من القافلة، أو الضيعة بما يشبه، ويصدق فى الربح فيما يقوله أهل تلك الصنعة، وما يشبه دون غيره.

وكذلك فى ثمن الذى يقدم به.

فإن أشكل جميع ذلك، صدق بغير يمين إن كان ثقة، وإلا حلف، إلا أن يقوم دليل التهمة؛ فيحلف الجميع، وإن شهدت بينة مستورة لا تبلغ العدالة، حلف.

وفى الجواهر: يصدق مدعى الصحة على مدعى الفساد؛ لأنه أصل فى تصرفات المسلمين؛ تحسينًا للظن بهم على المذهب.

ومدعى الفساد عند عبد الحميد؛ لأن الأصل عدم الانعقاد.

قاعدة: فى ضبط المُدَّعِى والمُدَّعَى عليه:

قال - عليه السلام -: «لَوْ أُعْطِىَ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ، لَكِنِ البَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى واليَمِيْنُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[(٢)].

فليس المدعى الطالب، ولا المدعى عليه المطلوب، بل من كان قوله على

---

(١) سقط فى أ.

(٢) تقدم.

خلاف أصل أو ظاهر فهو المدعى، وعليه البينة.

والظاهر: ينقسم إلى: العادة، وظاهر الحال، والقرائن الحالية، والمقالية، وكل ما أفاد ظن الصدق؛ كمدعى شغل الذمة والأصل براءتها؛ لولادة الإنسان بريئًا من جميع الحقوق. ومدعى الرد وقد قبض ببينة، فالعادة تؤثر سوء الظن فى الرد بغير بينة، وكمدعى إنفاق مال المحجور فيما لا يشبه عادته، فهؤلاء مطلوبون وهم مدعون وعليهم البينة.

ومن كان قوله على وفق أصل أو ظاهر، فهو المدعَى عليه ويصدق مع يمينه، كخصوم هؤلاء المتقدمين.

وبعبارة أخرى: المدعى عليه: هو أرجح المتداعيين سببًا، والآخر المدعِى.

وعلى هذه القاعدة تتخرج فروع التداعى فى القراض وغيره.

فرع: فى الكتاب: لك رد المال ما لم يعمل به العامل أو يسافر، وليس لك رده بعد سفره؛ لذهاب عنائه مجانًا.

قال ابن يونس: قال محمد: إذا اشترى مثل الزاد، ورضيت بأخذه بما يشبه، لك ذلك.

قال اللخمى: كل واحد منكما بالخيار ما لم يعمل. وقاله (ش) ؛ قياسًا على الوكالة.

فإن شرط نضة واحدة لزمك، وهو بالخيار على المستحسن من القول.

ويختلف فيه: هل يبقى على الخيار أم يلزمه، على أحد قولين فى الجعالة.

فإن أشغل جميع المال، ارتفع الخيار، وليس لأحدكما أخذه إلا بعد النضوض، أو البعض، امتنع أخذ الجميع؛ لأن ذلك البعض إن كان الأقل، كان قصره عليه ضررًا، وكذلك المساوى، أو الأكثر فالأقل تبع له.

فإن أشغل جميعه، ثم نضَّ فأشغل بعضه - فلك أخذ ما لم يشغل؛ لحصول التوفية بمقتضى العقد بالشغل الأول.

وإن تجهز بتجارة السفر، لم يمنع من السفر إن أذنت له فى السفر، أو على القول بأن له السفر من غير إذن، إلا أن ينفق سوقها قبل السفر ويحصل ما يرجى فى السفر؛ فلك بيعها، ومنعه من السفر.

وكل موضع تمنع من الأخذ، يمنع هو من الرد إلا برضاك.

قاعدة: العقود قسمان:

مستلزم لمصلحة[١] عند العقد؛ فشرع على اللزوم؛ تحصيلًا للمصلحة؛ وترتيبًا للمسببات على أسبابها، وهو الأصل كالبيع؛ فإنه بمجرد العقد يتمكن كل واحد من المتعاقدين من تحصيل مصلحة الثمن والمُثَمن بالبيع والهبة وأنواع الانتفاع، وكذلك الإجارة وغيرها.

وقسم لا يستلزم مصلحة، كالقراض، والجعالة؛ فإن المقصود الربح، وهو غير حاصل، بل ربما ضاع تعب العامل وخسر المال، ومقصود الجعالة: رد الآبق، وقد لا يحصل ويضيع التعب؛ فجعلت هذه العقود على الجواز؛ نفيًا للضرر عن المتعاقدين؛ لأنه قد تظهر أمارته فلا يلزم بما يتوقع ضرره.

نظائر: قال أبو عمران: خمسة عقود لا تلزم بالعقد:

القراض، والجعالة، والوكالة، والمُغارَسة، وتحكيم الحاكم.

فرع: فى الكتاب: ليس [لك][٢] جبره على بيع السلع ليرد المال، بل ينظر السلطان، ويؤخر ما يرجى لسوقه[٣]؛ نفيًا للضرر عنه، وإن لم يكن للتأخير[٤] وجه، بيعت، واقتسمتما ربحًا إن كان؛ صونًا للمال بجعله تحت يدك.

فرع: فى الكتاب: إن لم يشغل المال حتى نهيته، فتعدى وأشغله، ضمن المال، والربح له؛ كالمتعدى على الوديعة، بخلاف نهيك عن سلعة فابتاعها؛ لبقاء الإذن من حيث الجملة.

فرع: فى الكتاب: إذا باع بالدين بإذنك فأردت أن يحيلك به، وفى المال وضيعة - فلك إجباره على التقاضى أو يحيلك، فإن كان فيه ربح فعليه التقاضى، إلا أن يتركه ويسلم لك ربحك؛ لأن التقاضى من جملة عمله الذى أخذ عليه الجزء.

قال ابن يونس: إذا أشخص فى تقاضى الدين، أنفق من المال، وإن كان فيه وضيعة؛ لأنه بقية عمل القراض.

قال اللخمى: إذا رضيت أن تطوع له بالتقاضى وجزؤه باق، جاز؛ لأنه معروف.

---

(١) فى ط: لمصلحته.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: سوقه.
(٤) فى ط: لتأخير.

وإن كان على إسقاط الربح، فهى أجرة مجهولة على الاقتضاء.

فرع: فى الكتاب: إذا أراد بيع السلع وأردت أخذها بما تساوى، فأنت والأجنبى سواء.

فرع: قال: إذا مات، قيل لورثته: تقاضوا الديون وبيعوا السلع، فإن كانوا غير أمناء وأتوا بأمين، فلهم سهم موروثهم.

وإن لم يكونوا أمناء ولم يأتوا بأمين، أخذت مالك ولا ربح لهم؛ لعدم العمل.

فإن مت، فالعامل على قراضه، وللورثة أخذ المال إن كان عينًا دون السلع؛ لانتقال الحق إليهم كما كان لك.

وإذا علم بموتك والمال بيده عينًا، لا يعمل به؛ لانتقال الحق [بموتك][1] لمن لم يأذن. وإن لم يعلم حتى ابتاع سلعة، مضى على القراض؛ لأنه معذور كالوكيل يتصرف بعد الموت.

قال ابن يونس: يريد: وكذلك إذا ظعن بالمال قبل العلم، مضى[2] على قراضه؛ كما إذا اشترى، ومراده: إذا علم وهو عين فى يده إذا كان فى بلدك.

قال اللخمى: إذا علم بموتك قبل العمل، فعمل قبل إذنهم فخسر، ضمن، وإن ربح وكان تجره لهم فالربح بينهم، أو لنفسه فالربح له.

فإن تجر قبل العلم فخسر يختلف: هل يضمن لخطئه أم لا؛ لشبهة الإذن؟ وإن ربح فعلى القراض.

وإذا قال للغرماء: أضمن لكم ما لكم، وأقروا المال فى يدى - فإن كان المال عروضًا، أو دينًا على الناس، وقال ذلك؛ لينض ويقضيهم، فإن عجز أتم لهم أخذه، وضمانه تفضل منه.

وإن قال ذلك ليتجر فيه، امتنع؛ لأنه ضمان بجعل، إلا أن يعلم أن غرضه التخفيف عن الميت؛ فيلزمه الضمان كالضمان عن الميت، ولا يلزم ورثة العامل استئجار على العمل من مال الميت؛ لتعلق العمل[3] بالمال دون الذمة.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: يمضى.

(٣) فى أ: الميت.

فإن لم يكونوا أمناء، أو عجز هو وسلم المال وفيه ربح - ليس لهم منه شيء عند مالك وابن القاسم، وكذلك في المساقاة.

وعلى قوله في المجاعل على البئر، يتركه اختيارًا بعد بعض العمل فيستأجر صاحب البئر على إتمامه يكون للأول بقدر ما انتفع فيكون للورثة ههنا.

وإذا مات الأجير ليس لوارثه القيام ببقية العمل، بل له من الأجرة بقدر ما عمل موروثه.

والفرق: أن القراض لا يستحق فيه شيء إلا بالتمام؛ فكان الوارث كذلك بخلاف الإجارة.

وإذا كان الوارث مولى عليه، نظر الوصي: فإن لم يكن في المال فضل، أو كانت أجرة الإجارة لا تفي به أو مثله - سلم المال، وإلا استأجر عليه.

وإن [1]كانا عاملين فمات أحدهما واشترى الآخر بجميع المال:

قال ابن القاسم: خيرت بين البقاء على القراض وبين تضمينه؛ لأنه لم يكن له الشراء إلا بإذنك؛ لأجل موت شريكه.

فإن اشترى قبل الموت ببعض المال؛ كان ورثة الميت شركاء فيما اشترى قبل الموت، ويعملون معه فيه، وما اشترى بعد الموت خيرت فيه.

سؤال: ينتقل للوارث عمل القراض، والمساقاة، وخيار البيع، والرد بالعيب، والأخذ بالشفعة، وهو كثير، ولا ينتقل إليه الإيلاء، ولا النكاح، ولا خيار البيع إذا جعل لأجنبي، وهو وارثه، وهو كثير مع أن الجميع حق للموروث، ومن مات عن حق فلورثته، فما الفرق وما ضابط البابين؟

قاعدة: كل ما كان مالًا أو متعلقًا بالمال انتقل للوارث؛ لأن المال يورث، فيورث ما يتعلق به من خيار وعمل.

وكل ما كان متعلقًا ببدن الموروث: كالنكاح، أو رأيه وعقله: كخيار الأجنبي - لا ينتقل؛ لأن الوارث لا يرث عقله ولا بدنه.

وبهذه القاعدة تظهر الفروق والضوابط بين البابين.

فرع: في الكتاب: إذا لم يوجد القراض أو الودائع بعد الموت، ولم يوص بها،

---

(١) في ط: إذا.

فهي في ماله؛ لتفريطه يحاص بها غُرماءه.

وإن أقر بقراض بعينه أو وديعة بعينها في مرضه، وعليه دَين ببينة في صحته، أو بإقراره في مرضه هذا قبل إقراره بذلك، أو بعد [الإقرار بالقراض][1] أو الوديعة - أخذ ذلك بعينه دون الغرماء؛ لقوة تعلق الحق بعينه.

وإن لم يعينهما حوصص بهما مع الغرماء؛ لأن الجميع سواء.

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: هذا في الموت، وأما في الفلس: إن [عينهما اختص بهما][2]، وإلا فلا يحاصص، كما لا يصدق على الغرماء في الدين، وهذا هو المشهور، وفيه خلاف.

قال اللخمي: إذا لم توجد الوديعة ولم يوص بها، اختلف هل تكون في ذمته أم لا؟

وعلى القول بعدم كونها في الذمة: [لا يكون القراض][3] في الذمة، بل أولى؛ لإمكان تسلف الوديعة بخلافه شرعًا.

وإذا خلف مالًا ولم يكن معه مال لنفسه، فإن محمله على أنه للقراض، قليلًا كان أو كثيرًا، إلا ألا يشبه؛ فيكون لصاحب القراض وما يشبه الزائد ميراث.

وإن كان معه مال لنفسه يعلم قدره، ووُجِدَ المالان مختلطين - فض الربح على قدرهما، على ما يقول رفقاؤه: إنه ربح في كل صنف، فإن جهل فعلى قدر المالين، وكذلك الخسارة إذا لم يكن في [المال][4] الموجود وفاء بالتجارتين، فإن علم أنه خَسِر في أحدهما، حملت الخسارة عليه، وإلا فضت عليهما.

وإن جهل ماله وعلم قدره، اشتركا في الربح والخسارة بما لا يشك أنه كان له.

فإن جهل قدره، وكان في سلع القراض ربح - بدئ بمال القراض، وبما يرى أنه ربح فيه، والباقي ميراث.

فرع: في الكتاب: لا نفقة للعامل المقيم ولا كسوة؛ لأن الشرط إنما تناول جزء الربح. ولا ينفق في تجهيزه للسفر، وينفق إذا سافر لطعامه وما يطبخه[5]

(١) في ط: قرب القراض.
(٢) في ط: عينها اختص بها.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ط.
(٥) في ط: يصله.

بالمعروف، ذاهبًا وراجعًا، إن حمل المال ذلك، وتلغى النفقة قرب السفر أو بعد، وإن لم يسم شيئًا، وله رد ما بقى بعد النفقة، ولا ينفق إذا رجع إلى مصره؛ لأن عادة [النفقة فى][١] السفر دون الحضر، يقضى بها ويكتسى فى السفر البعيد إن حمل المال - دون قريبه - إلا أن يقيم بموضع إقامة تحوج للكسوة.

ومنع (ش) من النفقة والكسوة مطلقًا؛ لأنها على نفسه قبل العقد فتبقى عليه، ولأنها زيادة جهالة فى الأجرة، واشتراط منفعة يختص بها العامل. ووافقنا (ح).

لنا: أن السفر لأجل المال؛ فتجب نفقته، كأجرة الحمال والكيال.

ولأن نفقته لو كانت على نفسه، لاستغرقت الربح فيضيع عناؤه.

ولأن الربح قبالة التجارة والنفقة لتسليم نفسه، كالصداق والنفقة فى النكاح.

ولأنه عرف؛ فكان كاشتراط[٢] جزء من الربح.

ويرد على الأول: أن ذلك على المال فكانت على المال، وهذه عليه قبل العقد.

وعلى الثانى: النقض بنفقة الحضر.

وعلى الثالث: لو صح التشبيه، لوجبت فى الحضر.

وعلى الرابع: منع العادة، والمعارضة بالقياس على الوكيل والأجير.

وبالجملة فالعمدة: العادة.

ويقال: إن الإجماع منعقد قبل (ش)، والمقيم شأنه النفقة على عياله من غير قراض، فالسفر يجدد عليه ما لم يكن، وبه يظهر الفرق فى أقيسة المعارضة.

قال ابن يونس: قال الليث فى الكتاب: إن شغل الحاضر البيع تعدى بالإفلاس، وأباه مالك.

وليس فى قليل المال نفقة ولا كسوة ولا ركوب.

قال محمد: وليس لذلك حد، غير أن الأربعين كثير عندى.

والبضاعة مثل القراض فى النفقة والكسوة، فينفق من السلعة تبعث معه، يبيعها ويشترى بها سلعة، قاله محمد.

قال ابن يونس: أما إن خرج لتجارة نفسه، فبعث معه البضاعة، فالعرف - عندى- أن لا شىء له، بخلاف إذا خرج لها.

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: كاشتراطه.

قال التونسى: له النفقة فى القراض فى ذهابه ورجوعه، [ولو رجع إلى بلده؛ لأن المال أخرجه، فلو دفع به المال لغير بلاغ، فلا نفقة له فى رجوعه به إلى بلده، بخلاف رجوعه][1] إلى بلد المال.

وكذلك قال ابن القاسم: إذا كان له بلدان يقارض فى أحدهما، فلا نفقة فى خروجه إلى البلد الآخر ولا فى رجوعه؛ لأنه يتردد بين بلدين من غير قراض.

وقال أشهب: له النفقة ذاهبًا وراجعًا؛ لأن حركته لأجل القراض.

وإذا تزوج ببلد أنفق حتى يدخل فتصير بلدًا له.

قال سحنون: ليس له السفر بالمال القليل إلا بإذنك.

قال: وفى النفقة والكسوة فى البضاعة[2] نظر؛ لعدم العادة، ولا ينفق فى المال اليسير، إلا أن يأخذ [من غيره][3] قراضًا أكثر؛ فينفق ما يخصص لعدم الإجحاف مع المحاصة.

فإن أخذ القراض وسافر للحج أو للغزو، فلا نفقة؛ لأن خروجه لغيره، إلا أن يقيم بعد قضاء ذلك للعمل[4] بالمال؛ فينفق قدر إقامته، وينفق فى الرجوع من عند نفسه.

فإن خرج بحاجة نفسه، وحمل معه [لنفسه][5] رأس مال - فضت النفقة على ذلك؛ استحسانًا، قاله ابن القاسم.

وقال ابن عبد الحكم: لا نفقة له؛ كالغازى.

قال: ولعل مراد ابن القاسم: أنه خرج لإصلاح مال، أما لو خرج لزيارة أهله فلا نفقة؛ كالحاج.

قال اللخمى: لو عقد نكاحًا قبل أخذ المال ليبنى بها فى غير البلد، أو يبنى فى البلد، ثم يخرج، فأقام لأجل المال - أنفق، كالمسافر.

وإن نوى البناء بعد الخروج لأمر، ثم يقيم إذا أتى - لم ينفق.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى أ.
(٢) فى أ: والبضاعة.
(٣) فى أ: وغيره.
(٤) فى ط: العمل.
(٥) سقط فى ط.

وإن تزوج بعد أخذ المال لأجل مقامه للعمل بالمال - ولولاه لم يتزوج ولم يقم- لم تسقط النفقة، ومحمل قول مالك فى عدم نفقة المقيم: أن العمل لم يقطعه عن الوجوه التى ينفق منها؛ فقد يكون منقطعًا قبل المقارضة، أما إن عطل صناعته لأجل المال أنفق؛ كالمسافر.

قال عبد الوهاب: للمسافر النفقة و الكسوة التى لولا السفر لم يحتج إليها فى الحضر، ومحمله على من كانت مؤنته فى المقام من غلات أو متاجر يرجو حوالة أسواقها، أما المدير أو ذو الصنعة يعطلها لأجل السفر، فله جميع النفقة والكسوة، كقول مالك.

فرع: فى المنتقى: إذا اشترط عليه عدم النفقة فى السفر البعيد، منعه مالك؛ لأنه خلاف وضع القراض.

قال ابن القاسم: فإن وقع، أمضى كاشتراط الجزء من الربح لك.

فرع: فى الكتاب: من أخذ قراضًا بغير بلده ليقيم يتجر فيه، فله النفقة؛ لأن المال حبسه، إلا أن يوطنها، ولو أخذه بالفسطاط وله به أهل، فخرج به إلى بلد له به أهل - لم ينفق ذاهبا و[لا] راجعًا؛ لأنه خرج عن أهله ورجع إليهم.

ولو أخذ فى غير بلد أهله، ثم رجع إلى البلد الذى فيه أهله، فتجر هناك - لم ينفق فى ذهابه إلى أهله ولا فى إقامته عندهم، وأنفق فى رجوعه.

قال ابن يونس: وعن أشهب: إذا أخذه بالفسطاط وله به أهل، وبالإسكندرية أهل، فخرج إلى الإسكندرية - له النفقة ذاهبًا وراجعًا، دون إقامته عندهم.

فرع: فى النوادر: سئل مالك عن الحجامة، وشرب الدواء، ودخول الحمام للعامل، فقال: ما كانت هذه قديمًا. وخفف فى التمريض[1] فى الحمام، والحجامة، وإذا سلب اكتسى من القراض.

فرع: فى الكتاب: له أن يؤجر من مال القراض من يخدمه فى السفر، إن كان المال كثيرًا، ومثله لا يخدم نفسه[2]، ويؤجر للأعمال المحتاج إليها، ويكترى البيوت والدواب، ولا يهب شيئًا ولا يكافئ؛ لعدم الإذن، وله أن يأتى بطعام يأتى

(١) فى ط: المتمرض.
(٢) فى ط: لنفسه.

غيره بمثله، إن لم يتعمد[1] التفضل عليه.

وإذا ضم إلى المال قراضًا لنفسه أو لغيره، وزعت النفقة على المالين، وإن أنفق من عنده رجع[2] فى مال القراض، فإن هلك لم يلزمك؛ لتعلقك[3] بالمال دون الذمة، وكذلك إن اشترى بجميع المال سلعًا، واكترى من عنده، فإن أديته وإلا أخذه من ثمن المبتاع، وإن اغترقه؛ لتعلقه به، وإن لم يوف فلا شىء له، ولا يكون شريكًا فى السلع بالكراء.

وأما صبغ الثياب أو قصرها، فكزيادة فى الثمن إن دفعتها إليه، وإلا شارك بما أدى؛ لأنه عين قائمة بخلاف الكراء.

وقال غيره: إن دفع إليه قيمة الصبغ، لم يكن الصبغ على القراض؛ لأنه كقراض ثان، على أن يخلط بالأول بعد العمل، بخلاف زيادة العامل على رأس المال فى الثمن؛ لأنه كقراض ثان قبل شغل [المال][4] الأول؛ لأن الصبغ بعد الشراء، فإن أعطاه قيمة الصبغ، لم يكن على القراض، ولك ألا تعطيه ذلك وتضمنه من قيمة الثياب؛ لأنك لم تأذن له فى السلف، فإن أبيت تضمينه كان شريكًا فى الثياب بقيمة الصبغ من قيمة الثياب.

قال صاحب النكت: إذا صبغها بمال من عنده، الخلاف بين ابن القاسم وغيره فى ثلاثة مواضع:

إذا دفعت إليه ما أدّى كان على القراض عند ابن القاسم، ولا يكون عليه عند الغير؛ بل شريكه، فيقسم الربح على رأس المال وقيمة الصبغ، فما ناب رأس المال فعلى شرطهما وقيمة الصبغ وما صار[5] لهما من الربح فلك وله أجرة مثله.

الثانى: لك ألا تعطيه شيئًا وتضمنه قيمة الثياب عند الغير، وابن القاسم لا يرى تضمينه.

والثالث: ابن القاسم يقول: إذا لم تدفع إليه فهو شريك بما أدى.

---

(١) فى ط: يستعمل.
(٢) فى أ: ورجع.
(٣) فى ط: لتعلقه.
(٤) سقط فى أ.
(٥) فى ط: جار.

وعند الغير: إذا لم تضمنه ولا أعطيته شيئًا، يكون شريكًا فى الثياب بقيمة الصبغ من قيمة الثياب لا بما أدى.

قال اللخمى: إذا أخذ مالين، كل واحد منفردًا، لا يحمل النفقة، ويحملان النفقة مجتمعين - له النفقة عند ابن القاسم.

والقياس: عدمها؛ لأن كليهما يقول: مالى لا تجب فيه النفقة، وليس لغيرى إدخال الضرر على.

وكذلك إذا كان أحدهما كثيرًا والآخر قليلًا، لم أر على القليل شيئًا.

نظائر: قال أبو عمران: يوجب الصبغ الشركة فى خمس مسائل:

القراض كما تقدم، والثوب المستحق بعد شرائه إذا أبيت من دفع قيمة الصبغ، وأبى المشترى من دفع قيمة الثوب أبيض، والثوب الذى فلس ربه شارك الصباغ صاحب الدين، والثوب الذى اطلع على عيبه بعد صبغه يشارك بما زاد الصبغ، والثوب الواقع فى المصبغة من غير قصد يشارك بما زاد الصبغ.

ولا يوجب الشركة فى ثلاث مسائل:

صبغ الغاصب، وليس له فيه إلا المراجعة بما لكل واحد منهما.

وصبغ الثوب الذى غلط فى دفعه للمشترى.

وكذلك القصار إذا دفع غير الثوب غلطًا، فصبغه الآخر؛ فإنه يتراجع هو وصاحب الثوب المصبوغ دون القصار.

نظائر: قال العبدى: مسائل الخمسين خمس:

الأربعون إلى الخمسين تجب فيها النفقة والكسوة فى القراض والبضاعة، والخمسون ثمن الرابعة، وقيل: الستون دينارًا فى حيز القليل، ويكون وصى الأم وصيًا فيها، والخمسون إلى الستين حيازة الأقارب، والخمسون سنة [سن][1] التعنيس.

فرع: فى الكتاب: إذا ضاع بعضه قبل العمل أو بعده، أو خسره - لم يضمنه، وهو أمين، فإن عمل ببقيته جبر بربح ذلك، ويقتسمان ما زاد على ذلك، ولا يفيد

---

(١) سقط فى ط.

جعلهما رأس المال ما بقى، والمحاسبة حتى يقبضه منه؛ لأن وضع القراض أن تجبر خسارته بربحه، وما استهلكه أو تسلفه ضمنه، ولا حصة له من الربح؛ لانتقاله عن القراض إلى الذمة بالضمان، والباقى رأس المال.

قال اللخمى: إذا ضاع بعد الشراء و قبل النقد، خير بين إخلافه، ويكون المتاع قراضًا ورأس مال القراض ما يدفعه، إلا أن يكون المتاع له؛ لأنك لم تلتزم غير ما دفعت.

وقال المغيرة: تجبر على الإخلاف؛ لأنك أدخلته فى الشراء، فإن كانت مائة فضاع خمسون خيرت بين الإخلاف ويكون رأس المال مائة وخمسين، أو لا تخلفها ويغرمها العامل ويشارك بالنصف، وإذا اختلفتما فبيع المتاع بمائة وخمسين، وقراضكما على النصف - فله اثنا عشر ونصف؛ لأن نصف السلعة على القراض الأول، ورأس ماله مائة، ولا شىء للعامل فيه، ونصفها للقراض الثانى، ورأس ماله خمسون وله نصف ربحها، ولا يجبر الأول بربح الثانى؛ لأنهما قراضان لدفعك بعد الشغل الأول.

وإن لم تخلفها شارك بالنصف فيما يباع به، ولا ربح له فيما ينوب القراض، إلا أن يبيع بأكثر من مائتين، ولك أن تخلف خمسة وعشرين ويكون المتاع بينكما على أربعة أجزاء:

ربع للعامل، وربع لك، وربع لك على قراض[1] رأس ماله خمسة وعشرون، ونصف على القراض الأول.

فإن باع بمائتين، فله اثنان وستون ونصف:

خمسون عن نصيبه منها وهو الربح.

واثنا عشر ونصف نصيبه من الربح عن الربع الآخر.

ولا شىء له فى النصف؛ لأن ربحه جبر للوضيعة.

فإن قدر بعد ذلك على غاصب الخمسين كانت الربح، فتقسم.

ولو أكل خمسين وتجر فى خسمين فصارت مائة وخمسين - فلك رأس مالك مائة.

---

(١) فى ط: للقراض.

قال ابن القاسم: إذا كان القراض ألفًا فاشترى بها عبدًا قيمته ألفان، فنقصه السيد بجناية ألفًا وخمسمائة، فتجر في الخمسمائة - فهو على القراض [الأول](١)، ولا يكون فعل السيد مفاصلة.

وقال عبد الملك: إذا أحضر المال وحاسبه ولم يقبضه وخلا رأس المال مما بقي بعد المحاسبة؛ فهو فسخ للقراض الأول، ولو أعمله بالنقصان ولم يحضره(٢)، صح- أيضًا - عند ابن حبيب.

قال ابن القاسم(٣): لا يقسم الربح إلا بعد كمال رأس المال.

قال التونسي: إذا ذهب اللص بجملة المال فأعطاه غيره، فلا جبر، إنما الجبر إذا بقي من الأول شيء.

فرع: في الكتاب: ربح في المائة مائة [ثم أكل مائة](٤)، وربح في الباقي - فالمائة في ضمانه، والباقي على شرطهما، ولو ضاع لم يعد ما في ذمته ربحًا، إلا بعد رأس المال.

قال ابن يونس: قيل: إن فلس وقد أخذ من المائة خمسين قبل أن يتجر، ثم تجر في الباقي فصار مائة ثم فلس، فعلى ما تقدم: يكون أحق بالمائة من الغرماء، ويحاصص بالخمسين؛ لأن الربح أولى أن يجبر به من أن تكون للعامل؛ كما لو ضاع خمسونه وتجر في الباقي فصار مائة؛ فإنك أولى [بها](٥).

فرع: في الكتاب: إذا اشترى، فضاع المال أو تسلفه قبل النقد، غرمه العامل، ولا شيء عليك.

فرع: قال: إذا خاف إن قدم ماله أو أخره عن مال القراض وقع الرخص في ماله، فالصواب: خلطهما ولا يضمن؛ لأن ذلك ليس تعديًا، ويمتنع اشتراط الخلط؛ لأنها منفعة لك.

ولا يجوز له أن يشارك؛ لأن يد الشريك تصير على المال، وقد لا ترضى أمانته،

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: يحضر.
(٣) في ط: ابن يونس.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.

ويضمن للتعدى، ولا عامل[١] آخر؛ كما لا يستودع الوديعة عند من لك عنده وديعة، وقد يؤتمن الرجل على القليل دون الكثير.

ولا يبيع أحدهما من الآخر محاباة؛ لأنه خلاف مقتضى العقد، ولا يبضع مع غيره بضاعة، ويضمن إن فعل، ولو كان ذلك مع عبد لك اشترط معونته، ولا يوجه مع عبده بعض المال لبلد ليتجر فيه؛ لأنه[٢] لم يأتمن عبده ولا عبدك ويضمن، وتعذر فى الإيداع فى السفر، وبخراب المنزل، أو كونه ليس حرزًا، و ليس عنده من يثق به.

قال ابن يونس: قال أصبغ: لا يمتنع اشتراط [الخلط][٣]، بل يكره، ولا يفسخ، ولم يكرهه أشهب.

ولو ربح فى أحدهما ولم يتعين، فلا شىء له فى الربح، وهو بين صاحبى المالين؛ لأنهما بيد أعيان، ولا يمكنه إيداعها؛ لعدم تعين حقه فى أى من توجه لخصومته، قاله فى المدونة.

قال سحنون: وإن أخذ من رجل على النصف، ومن آخر على الثلث، فاشترى سلعتين صفقتين بثمنين مختلفين - فكل مال على حدة، ثم أشكلت الرفيعة من أىِّ المالين هى؟ وادعاها صاحب المالين فلا ضمان عليه؛ كما لو اختلطت الودائع بنسيان؛ فإنهما يتحالفان ويتقاسمان الوديعة الكثيرة وتبقى القليلة بيده، وكذلك ههنا.

وعن ابن القاسم: إذا اشترى بالمالين جاريتين، فاختلطتا عليه - ضمن قيمتهما، إلا أن يرضيا بالشركة فيهما، فإن خسرا لم يكن عليه شىء، أو ربحا فعلى شرطه، ويجرى الخلاف الذى فيمن أودع مائة، فادعاها رجلان، ولم يدر المودع لمن هى؟

قيل: يضمن لكل واحد منهما مائة.

وقيل: لا ضمان عليه، ويعذر بالنسيان، ويقتسمانها بينهما.

والذى تقتضيه قاعدة التداعى: إذا كان لأحدهما عشرة، وللآخر عشرون، فاشترى جاريتين قيمة إحداهما: أربعون، والأخرى عشرون، وأمكن أن تكون ذات

(١) فى ط: عاملًا.
(٢) فى ط: لأنك.
(٣) سقط فى أ.

الأربعين هى المشتراة بعشرة والمشتراة بعشرين، فبيعت الواحدة بأربعين، فادعياها، فيقول صاحب العشرة: لى ربح ثلاثين، لكل واحد خمسة عشر، ويقول الآخر: لى ربح عشرة وللعامل عشرة - فيقال له: سلمت خمسة من الربح لصاحب العشرة؛ لأنك لا تدعى من الربح إلا عشرة، وهو يدعى خمسة عشر، تقسم بينكما عشرة فيأخذ صاحب العشرة ثلث نصف الربح.

وعن ابن القاسم: عكس هذا، وقال: يقتسمان على قدر رأس ماليهما.

وعن ابن القاسم: إذا شارك فيما لا يغاب عليه، لم يضمن.

قال اللخمى: شركة العامل ثلاثة أوجه:

يجوز: إذا كانت فى شراء [شىء][1] بعينه ينفرد بشرائه ويكون عنده[2]، أو يليان الشراء جميعًا[3]، أو يكون تحت أيديهما؛ فإن نظر العامل يغيب.

ويمتنع: إذا كان الآخر هو متولى الشراء، أو تحت يده؛ لاستقلال من لم يؤمنه بالتصرف والحفظ.

ويجوز فى غير المعين إذا انفرد العامل بالشراء، أو اجتمعا، وتكون تحت يده أو يديهما، ويمتنع إذا كان الآخر هو المتولى للشراء و[4] الدفع.

ويختلف فى الضمان:

فإن انفرد الآخر بالشراء أو الدفع ضمن الخسارة والضياع، وكذلك إذا انفرد بالشراء وكانت تحت يدك، فإن وليت الشراء وجعلت تحت يد الأجنبى، ضمن الضياع لتسليمه دون الخسارة؛ لأن الشراء كان بنظرك، فإن كنت فقيرًا، والأجنبى غنى عالم بأن المال قراض - لا تضمن خسارة ولا ضياعًا؛ كمن اشترى من غاصب ثم باع ثم استحق، لا ضمان على المشترى، وفيه خلاف.

وإذا أبضع مع غيره فخسر أو ضاع، ضمن لتعديه، فإن ربح - والبضاعة بأجرة - فللأجنبى أجرة المثل من ذمة العامل، ثم إن كانت أكثر من الجزء فخسارة ما بين ذلك على العامل، أو أقل فالفضل لرب المال؛ لأنه إنما جعل للعامل ليعمل بنفسه،

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: غيره.
(٣) فى أ: الشراء بينهما جميعًا.
(٤) فى أ: أو.

فلم يعمل، فإن كانت البضاعة على وجه المعونة للمكارمة للعامل بغير عوض، فللعامل الأقل من الجزء أو أجرة المثل؛ لأن الأجنبى لم يتطوع بعمله إلا للعامل.

قال صاحب النكت: قيل: إن وهب أو حابى يجوز فى نصيبه، ويتفاصلان فى الوقت؛ إذ ليس له تنقيص مال القراض، وإذا باع أحد العاملين من صاحبه بمحاباة، والمالان لك، إن خسرا جميعًا أو ربحا فلا مقال لك، وإنما تقوم حجتك إذا خسر المحابى؛ لأنك تقول: لو كان معه الذى حابى به لم يخسر.

فرع: فى الكتاب: لا يقارض إلا بإذنك.

وقاله (ش) ؛ لأنك لم ترض أمانة غيره.

وجوز له (ح) الإبضاع والإيداع؛ لأنه من جملة التصرف فى المال الذى فوض إليه تنميته وحفظه.

فإن أخذه على النصف فتعدى، فدفعه بالثلثين، ضمن، وربح الثانى بينكما نصفين، ويرجع الثانى ببقية الثلثين على الأول، وكذلك المساقاة.

ولو خسر مع الأول النصف، ثم دفعه للثانى على شرطه، فزاد الربح، ولم يعلم الثانى بذلك - أخذت رأس المال ونصف الزائد، وأخذ الثانى ما بقى، ويرجع على الأول بتمام النصف من الربح على النصف الذى أخذه.

وقال أشهب: لا يحسب رب المال على الثانى إلا النصف مع رأس المال، فيأخذه، ونصف الربح عليه؛ لأنه الذى أخذه، فإن أتلف الأول النصف متعديًا، رجع عليه بتمام عشرة ومائة إذ أصل المال: ثمانون(1).

وإن هلك بأمر سماوى، رجع بتمام تسعين:

عشرة بقية رأس المال، وعشرة حصته من الربح، ولا يأخذ ذلك من الثانى فيظلمه ويبطل عمله، ورجوعه على الأول؛ لتعديه.

وإذا أمر من يقتضى الديون بغير أمرك، ضمن ما [تلف](2) بيد الوكيل.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترطت ألا يبيع إلا بنسيئة، فباع بنقد - لا يكون هذا القراض جائزًا؛ لأنه شرط على خلاف العقد.

---

(١) فى أ: أصل ثمانون.
(٢) سقط فى أ.

قال غيره: هو متعد؛ كما لو اشترطت[١] ألا يشترى إلا صنفًا فاشترى غيره، ضمن، والفضل والوضيعة لك وعليك، ولا أجرة له فى الوضيعة، وله فى الفضل قراض مثله؛ لأن أجرة مثله قد تذهب بالفضل كله، وبنصف رأس المال وهو متعد؛ فيكون نال بتعديه ما طلب.

قال التونسى: ولم يجب ابن القاسم: ماذا يكون إذا نزل؟ وعنده: إذا أمر رجلًا ببيع سلعة بنسيئة، فباع بنقد ففاتت، ضمن قيمتها نقدًا، فإن باعها نقدًا بأكثر من قيمتها أو قيمتها لم يضمن؛ لأن ما سمى من الأجل لا عبرة به.

ومن مذهبه فى التحجير فى القراض: يرد إلى أجرة المثل، فلما أمره ألا يبيع ما اشترى إلا بنسيئة فقد أذن فى الشراء؛ فهو غير متعد فيه فله أجرته فى الشراء، ويفسخ القراض، فإن باع بنسيئة، فلا تعد، فله أجرة مثله، ويفسخ، ويقتضى رب المال الثمن، أو بنقد فسخ إن كانت قائمة، فإن فاتت، وما باع به ثمنها، لم يضمن شيئًا، ولا أجرة له فى بيعها؛ لأنك تقول: أغرمك قيمتها يوم التعدى، فلا شىء على من إجارة البيع وعليك أجرة الشراء.

قال صاحب النكت: إذا باع بالنقد؛ خيرت بين إجازة البيع وله أجرة مثله فى الشراء والبيع بالغة ما بلغت، وبين رده وله أجرة مثله فى الشراء [دون البيع، فإن فاتت عند المشترى، خيرت بين تضمينه قيمتها وله أجرة مثله فى الشراء، أو تأخذ الثمن وله أجرة مثله فى الشراء][٢] أو البيع، هذا الذى يجرى على مذهب ابن القاسم.

فرع: فى الكتاب: إذا باع فأخرت المبتاع بالثمن، جاز ذلك فى حصتك، فإن هلكت وقد قبض حصته لم ترجع عليه، وكذلك تجوز هبتك فى حصتك.

فرع: منع مالك وأصحابه مع القراض شرط سلف، أو بيع أو كراء أو إجارة، أو قضاء حاجة؛ لأنها[٣] إجارة بأجرة مجهولة، ولا يشترط أحدكما لنفسه شيئًا خالصًا؛ لأنه غرر فإذا نزل ذلك فهو أجير، إلا أن يسقط الشرط قبل العمل.

قال صاحب المقدمات: شروط القراض على ثلاثة أقسام:

---

(١) فى أ: اشترط.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى أ.
(٣) فى أ: لأنه.

ما يخرجه عن سنة القراض.

وما لا يخرجه، وهو قسمان:

ما يجوز ابتداء من غير كراهة، مثل: ألا يشترى حيوانًا، ولا يركب البحر، ولا يخرج من البلد ونحوه.

وما يكره ابتداء فإن نزل مضى، كالتجار ينزلون بمكان، فيعطى أحدهم الآخر المال على أن يشترى ويبيع بينهم ونحوه.

وما يفسده يفسخ به قبل العمل[1] وبعده، ويرد إلى مساقاة المثل، أو قراض المثل، بخلاف المساقاة التى يرد فيها إلى مساقاة المثل؛ لا تفسخ بعد العمل[2].

وحيث يفسخ ما يرد فيتمادى فى بيع عروض القراض، حتى ينض المال.

وحكى عبد الحق عن بعض الصقليين: لا يفسخ ما يرد فيه إلى قراض المثل بعد العمل، كالمساقاة. يريد: إذا عثر عليه بعد الشغل فى السلع لا يردها سلعًا، ولا يجبر على بيعها إلا فى سوقها، ولا يريد التمادى بعد نضوض المال، فليس حينئذ خلافًا لقول ابن حبيب ومحمد المتقدم.

والفرق: أن المساقاة لها أجل فينتظر وإن كان أعوامًا، والقراض لا أجل له بل نضوض المال، فإذا شرع استوى قراض المثل ومساقاة المثل فى التمادى إلى الأجل المعين اللائق بهما.

وفى الكتاب: إذا شرطت أن يسلفك العامل فهو أجر الربح؛ لأنه نفع، فلو اشترطت إخراج مال من عنده يعمل به مع مالك امتنع؛ لانتفاعك بتكثير المال.

قال ابن يونس: قال أصبغ: إلا أن يقل حتى لا يقصد به التكثير، وإن وقع الكثير أمضيته على قراضهما ما لم يقصد تكثير الربح.

قال اللخمى: إذا اشترطت عليه ضمان المال إن هلك، وأنه غير مصدق فى دعوى الهلاك سقط الشرط ولم يضمن، وله قراض المثل عند ابن القاسم.

قال مالك: الأقل من المسمى أو من قراض المثل.

فرع: فى الكتاب: يمتنع بيعك عبدًا من القراض بغير إذن العامل، وله رده

---

(١) فى ط: العقد.

(٢) فى ط: العقد.

وإجازته؛ لأن العمل مفوض إليه بعقد يوجب استحقاقه، بخلاف الوكيل فلا ينزع التصرف من يده؛ كالأجير ولم يوقفه (ح) على إجازته؛ كالوكيل.

فرع: [في الكتاب][1]: يكره أخذ القراض على ألا يشترى به حتى يبلغ ذلك البلد المعين؛ لأنه تحجير.

قال ابن يونس: وعند ابن القاسم: جوازه؛ لأنه قد يكون مقصد القراض.

قال اللخمى: سفر العامل ومنعه ستة أقسام، إن لم يشترط المقام ولا السفر: فله السفر عند مالك؛ لأنه شأن القراض، وقاله (ح).

ومنع (ش) السفر إلا بإذنك؛ للغرر بالمال فى البرارى والبحار.

وجوابه: أن الإذن العادى حاصل فى ذلك.

ووافق ابن حبيب (ش)، قال: والحق: أنه إن كان شأنه السفر سافر، أو صانعًا أو مديرًا شأنه الإقامة لا يسافر، وإن حجرعليه فى السفر، جاز.

وقيل: يمتنع؛ لأن المُتَّجر قد يضيق عليه، كلاهما لمالك، فإن خالف فهو متعد ضامن.

وإن أباح له السفر مطلقًا، أو موضعًا معينًا أو المواضع إلا موضعًا معينًا، جاز.

وإن شرط عليه السفر ومنعه من التجر فى البلد:

منعه ابن القاسم.

وأجازه أصبغ.

وعلى أصله: يجوز إن قارضه فيما يدخر؛ لأن تأخيره كالتأخير عن البلد، ولو كان شأنه السفر فاشترى ما يجلس به للتجارة، فهو متعد، وكذلك لو كان بزازًا فاشترى غير شأنه.

فرع: فى الكتاب: يمتنع بيعه بالنسيئة إلا بإذنك، خلافًا لـ (ح)، فإن فعل ضمن؛ لأنه الذى غرر بالمال، وإن احتال بالثمن على مالئ أو معدم إلى أجل، ضمن قيمته يوم البيع إذا تلف، وإذا باع بالنقد فاحتال، ضمن الثمن بعينه.

فرع: فى الكتاب: لا يشترط عليه ألا يشترى إلا البز؛ للتحجير، إلا أن يكون موجودًا فى الشتاء والصيف، وقاله (ش)، وجوزه (ح) فى النادر، كالوكالة.

---

(١) سقط فى أ.

وحيث جاز الشرط فلا يتعداه، ولا يبيع البز بعرض غيره؛ لئلا يبتاع غير البز، ولك[١] اشتراط ذلك بعد أخذ المال وقبل تحريكه فى شىء، ولك اشتراط ألا ينزل واديًا، ولا يسير ليلًا، ولا فى بحر، ولا يشترى إلا سلعة كذا[٢]، فإن فعل ضمن، وإن اشترطت ألا يشترى سلعة بعد العقد فاشتراها، ضمن ولك أخذها للقراض؛ لأنه شراء فضولى يصح إجازته، ولك تضمينه المال، فلو باعها فالربح على شرطكما، والوضيعة عليه خاصة؛ للمخالفة، وكذلك [إن تسلف من المال فاشترى][٣] به سلعة لنفسه، ضمن الخسران، للشراء نفسه، والربح بينكما، للشراء بمال القراض.

وإذا اشترى المنهى عنه فحصل فيه وضيعة أو تجر بما تعدى فيه فخسر، فقال غرماؤه: أنت أسوتنا، إن ضمنته فأنت أحق بالعين منهم؛ لأنه مالك، وإن شئت أن تشركه فى السلع، أو تسلمها، أو تضمنه رأس المال، فإن سلمتها كنت أسوة الغرماء.

وإن نهيته عن الخروج بالمال من مصر فخرج به ورده عينًا قبل أن يتجر فيه، فتجر بمصر فخسر أو ضاع، لم يضمن؛ لرده قبل تحريكه؛ كراد الوديعة بعد إنفاقها، وإن هلكت بعد تجهزه للسفر، فله الخروج؛ لحقه فى ذلك بالعقد.

فإن شرطت للعمل حانوتًا معينًا أو سوقًا أو لا يشترى إلّا من فلان، أو على أن يزرع امتنع؛ للحجر، وهو أجير، والزرع والربح والخسارة لك وعليك.

قال صاحب «القبس»: لا يشترى إلا من فلان وهو متسع الحال، يجوز عند أصحابنا؛ قياسًا على الصنف [المتسع][٤].

قال ابن يونس: إن لم يشغل حتى نهاه عن التجر، فاشترى متعديًا، ضمن المال والربح [له][٥]؛ كالمشترى بوديعة سلعة، بخلاف نهيه عن سلعة فيشتريها؛ لأنه مأذون له فى حركة المال من حيث الجملة، فليس له أن يستبد بالربح بتعديه، وهذا

---

(١) فى ط: له.
(٢) فى أ: إلا سلعة كذا.
(٣) فى ط: إن سلف من المال ما اشترى.
(٤) سقط فى أ.
(٥) سقط فى أ.

ما لم يقر بشرائها للقراض، وإلا فالربح على القراض، ولا يخرجه ذلك من الضمان، وليس له منعه من السفر بعد الشراء؛ لتعلق حقه بالسفر.

قال اللخمى: لك نهيه - على أحد القولين - بعد شغل المال فيما لا غاية لك[1]، كالكراء مشاهرة، واختلف إذا اشترطت عليه أن يزرع به، فأجيز كراه، فإن زرع من غير شرط جاز، فإن خسر - لأنه لم يتمه، أو لرخص السعر - لم يضمن، وإن ظلم ظلمًا حادثًا لم يضمن، أو متقدمًا وهو عالم به ضمن، كانت الخسارة من الزرع أو الظلم؛ لتعديه فى أصل فعله، والثمن فى ذمته، فى أول ما زرع، وإن عمل مساقاة بشرط، فعلى الخلاف، أو بغير شرط، جاز على ما تقدم فى الزرع، وإن أخذه على ألا يتجر إلا فى البز فتجر فى غيره[2] فخسر، ضمن، أو ربح فعلى القراض؛ لأنه لا يجوز الربح بتعديه.

والقياس: أن له الأقل من ثلاثة: المسمى، أو قراض المثل، أو أجرة المثل.

قال التونسى: إن تعدى فأسلم فى طعام:

قال ابن القاسم: يغرم رأس المال، وينتظر بالطعام حتى يقبض، فإن كان فيه ربح، اقتسماه.

وفى كتاب محمد: إذا قام غرماؤك بعد خروجه بالمال وأمكن بيع السلع، بيعت، وأخذه الغرماء، وأما غرماؤه فلا شىء لهم إلا بعد وصول المال إليك؛ لعدم استحقاقه قبل ذلك.

قال: والأشبه: ألا يكون ذلك - أيضًا - لغرمائك؛ لتعلق حقه.

ويمتنع أن تشترط عليه شراء حيوان للنسل أو للغلة، أو يشترى بدين؛ للتحجير.

وما تسلف أو اشتراه بدين بأكثر من رأس مال القراض، فربحه له دونك[3]؛ لأنه ضمن الأصل، ولو اشترى ظهرًا فأكراه، ضمنه ابن القاسم، وإن لم يشترط عليه عدم[4] ذلك، بخلاف أن يزرع؛ لأن الغالب أن القراض لا يقصد لذلك.

قال: مع أن هذا الفرق يشاركه الزرع فيه.

---

(١) فى ط: له.
(٢) فى أ: البر فتجر فى بحر.
(٣) فى أ: لك دونه.
(٤) فى ط: غرم.

قال صاحب النكت: إذا أخذ المال ليشترى به سلعة، أى: أخذه قبل شرائها، ولم يسمها لك ولا بائعها، بل قال: وجدت سلعة رخيصة فأعطى ثمنها، جاز، وقد فعله عثمان بن عفان، رضى الله عنه.

وإن قلت: اشتر لى سلعة فلان، امتنع؛ لأنه قراض على ألا يشترى إلا سلعة معينة، فإن نزل غرم مثل المال الذى قبض، والسلعة له، وينبغى أن يكون فى هذا القراض أجيرًا، وقاله محمد، وإنما يغرم مثل ما قبض إذا اشترى ولم ينقد.

فرع: فى الكتاب: لا يشترى بأكثر من رأس المال ليضمن ما زاد دينًا فى القراض؛ لأن سنة القراض ألا يشترى عليه بالدين، فالربح حينئذ لك، وإن اشترى بأكثر من رأس المال، ونقد فهو شريك بما زاد؛ لأنه ضم قراض إلى قراض، وإن كان زائدًا دينًا عليه لا علي القراض قوم بالنقد وشارك بالقيمة.

قال صاحب التنبيهات: قوله: إذا كان رأس المال ألفًا فاشترى بألفين، يكون شريكًا:

قال ابن لبابة: معناه: اشترى بالزائد لنفسه، ولو اشترى للقراض خير؛ كما قاله فى الكتاب.

وقال فضل: بل لو اشترى للقراض، ومعنى قوله «شريكًا»: إن [أبى رب][1] المال الدفع.

قال ابن يونس: وإذا اشترى بدين على القراض:

قال محمد: يكون ربح السلعة التى اشتريت بذلك خاصة، وخسارتها له وعليه؛ لضمانه قيمتها، ويمتنع أن يبتاع زائدًا ويطلب منك الثمن على القراض؛ لتعلق ثمنها بذمته عند الشراء، ويمتنع أن يشترى حتى يبيع ويوفيه؛ لأنه دين على القراض.

قال محمد: يمتنع الشراء بالدين على القراض والسلف عليه[2]، أذنت فيه أم لا؛ لأنك تأخذ ربح ما ضمنه فى ذمته لا ربح مالك.

قال ابن القاسم: لو اشترى بمال القراض وهو فى بيته واستلف ما نقد منك أو من أجنبى، فنقد ثم باعها، واشترى بمال القراض أخرى، فربح السلعتين، وخسارتهما، أو إحداهما فى القراض، ويجبر خسارة إحداهما بالربح فى

(١) فى ط: لرب.
(٢) فى ط: على.

الأخرى؛ لأنه كان يمكنه نقده عاجلا.

وعن مالك: إذا اشترى قراضًا دينًا عليه قومت السلعة المشتراة بذلك الزائد.

وأنكره سحنون، بل يقوم الزائد؛ كما ذكره فى الكتاب؛ لأنه الذى حصلت به الشركة.

قال اللخمى: إن لم يكن مديرًا فكما تقدم فى التداين على القراض، وإلا جاز على أن يشترى بما ليس معه على النقد؛ ليدفع من القراض؛ لأنه لا يستغنى عن ذلك.

فرع: فى الكتاب: إذا عجز بعض الثمن فأخذ من رجل قراضًا فنقده بها، لم أحب ذلك؛ لئلا يكون قد استغلاها، وإن سألك أن تنقد عنه ثمن سلعة، ويكون قراضًا بينكما، امتنع؛ لأنه سلف للنفع، ولك مالك، والربح والخسارة له وعليه؛ لفساد العقد.

قال ابن يونس: قال محمد: إن لم يكن استغلاها إذا عجز بعض الثمن أجزته، وأكرهه ابتداء.

قال ابن حبيب: إن انكشف أنه استغلاها رجع عليه بالزيادة على قيمتها يوم الشراء دون يوم البيع.

قال محمد: لو كان أخذ مالك لينقده فى السلعة على أنها قراض قبل أن يستوجبها، وتجر عليه ضمانها ولم يسمها - جاز؛ كأصل القراض.

فرع: فى الكتاب: إذا قيم عليه بالعيب، فحط أكثر من قيمته، أو أقل، أو اشترى من والده - فما كان نظرًا بغير محاباة جاز، ولو اشترى بجميع المال عبدًا، فرده بعيب فرضيته، منعت؛ لأن له حقًّا فى جبر الخسارة بفضله، إلا أن يقول: أنت لم ترض، اترك القراض، ولو رضى هو بالعيب على وجه النظر، جاز؛ لتفويض الأمر إليه دونك.

فرع: فى الكتاب: إذا نقد الثمن بغير بينة فجحده البائع، ضمن، وكذلك الوكيل، فلو علمت قبضه للثمن بإقراره فلك تغريمهما لتعديهما إلا أن يدفعا المال بحضرتك؛ لأنه حينئذ برضاك فلا تعدى.

قال ابن يونس: قيل إن دفع الثمن قبل قبض السلعة، غرم قيمتها؛ لتفريطه.

فرع: قال ابن يونس: قال فى الكتاب: لو قتل عبدًا من القراض عبدٌ لرجل،

فاختلفتما فى القصاص والعفو على مال - قدم العافى، وجعل المأخوذ قراضًا موضع العبد؛ لأنه أقرب لوضع القراض. وقاله (ش).

وإن لم يكن فى المال ربح قبل القتل فلك القصاص؛ لعدم حق العامل، وإن عفوت على مال فهو موضعه للقراض، وإلا فليس لك القصاص إلا برضاه، ولو قتله سيده فقيمته فى القراض.

قال اللخمى: إذا كان بعض المال واتفقا على القصاص، جاز، ولا[1] يحط من رأس المال؛ كالذى يهلك منه. وإن طلبت القصاص، والمقتول جميع المال، ولا فضل فيه، وقال سيد القاتل: أفتدى أو أسلم - قدمت؛ لأنه[2] مالك، ولا حق للعامل حينئذ.

وإن كان فى المقتول فضل، وقال سيد القاتل: أفتدى، أو فى القاتل فضل، وقال: أسلمه - قدم العامل فى عدم القتل؛ لحقه فى المال، ولا يقبل قول العامل فى القصاص، كان فيه فضل أم لا؛ لاختصاص تصرفه بتنمية المال.

قال صاحب التنبيهات: قوله فى الكتاب: «لك القصاص إذا لم يكن فى العبد فضل»:

قال ابن سلمة: كيف يكون ذلك لك والعامل يتوقع ارتفاع سوقه؟

قال صاحب التنبيهات: تأمل قوله فى الكتاب: «وهذا فى القتل»؛ فإنه يدل على أن الجراح بخلافه قالوا: لأن فى القتل مفاضلة[3]، وفى الجراح يبقى العبد بيد العامل، فيكون القصاص تنقيصًا لرأس المال ويجبره العامل بالربح.

فرع: قال اللخمى: إذا تجر فى القراض لنفسه، ضمن الخسارة والتلف؛ لتعديه والربح على القراض إن كان التجر فى وقت الإذن؛ لأن تعديه لا يملك الربح، وإلا فله؛ لتمحض الغصب.

وإن أخذه ليعمل به فى البلد فى صنف بعينه، وأمكنه العمل فيه[4] فاشترى غيره - فالربح على القراض، والقياس[5]: الأقل من المسمى، أو قراض المثل؛ نظرًا

(١) فى أ: وإلا.
(٢) فى ط: لأنك.
(٣) فى ط: مناصلة.
(٤) فى أ: به.
(٥) زاد فى ط: على.

للعقد، ولكونه عَمِل على غير المستأجر عليه. وإن تجر لنفسه حين تعذر التجر فى ذلك الصنف، فالربح له؛ لانتفاء الإذن بالتعذر. وإن تجر فى ذلك الصنف، وباعه، واشترى غيره، وكان أخذه للمال على وجبة واحدة، وربح - فالصفقة الثانية له، إلا أن يحبسه عنك فيكون له؛ كالغصب، وإن أخذه ليشترى به من البلد الذى يخرج إليه، فاشترى قبل خروجه وباعه هناك، فالربح والوضيعة له وعليه؛ لانتفاء الإذن من الشراء.

وإن قارضته ليشترى عبد فلان، فسد العقد، فإن اشترى غيره[١] بعد امتناع سيد العبد من بيعه، فالربح له؛ لانتفاء الإذن والتمكن، وإن كان قبل طلبه ويعلم أنه يبيعه، فالربح للقراض؛ لأنه لا يأخذ الربح بتعديه مع إمكان المأذون فيه.

فرع: قال اللخمى: يمتنع بيع أحدكما عرض القراض قبل أوان بيعه، ويرد؛ لأنه مناقض لمقصود القراض، فإن فات به المشترى مضى بالثمن.

قال: والقياس: أن يغرمك العامل ما يتوقعه من الربح إن بعت.

فرع: فى الكتاب: إذا اشترى من يعتق عليه، عالمًا بذلك مليئًا - عتق عليه، وغرم رأس المال لك، وحصتك من الربح؛ لأنه بعلمه دخل على التزام المال، ولملائه ينفذ عتق قريبه عليه، وإن لم يعلم وفيه فضل فكذلك؛ لأنه يملك بعضه بحصته من الربح فيكمل عليه، فإن لم يكن فيه فضل لم يعتق، وبيع، أو فيه فضل ولا مال للعامل، عتق بقدر حصته؛ لملكه إياها، وبيع الباقى؛ إذ لا تكميل على معسر علم أم لا.

وإن اشترى أباك ولم يعلم عتق عليك؛ لدخوله فى ملكك؛ لقوله عليه السلام: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ عَتَقَ عَلَيْهِ»[٢]. ولك ولاؤه، وتغرم حصتك من الربح إن كانت، وإن علم وهو مليء عتق عليه؛ لضمانه بالتعدى على إفساد المال بإدخال قريبك فى ملكك، والولاء لك؛ لعتقه على ملكك ويغرم لك ثمنه، فإن لم يكن له مال بيع منه بقدر رأس المال وحصتك من الربح؛ صونًا لمالك عن إفساد العامل له؛ إذ لا غرم عليه لعسره، وعتق عليه قدر حصته؛ لأنه مليء.

---

(١) زاد فى ط: لنفسه.

(٢) أخرجه أبو داود (٤/٢٥٩) (٣٩٤٩)، والترمذى (٣/٦٤٦) (١٣٦٥) وابن ماجه (٢/٨٤٣) حديث (٢٥٢٤)، وأحمد فى المسند (٥/٢٠)، والحاكم (٢/٢١٤) وصححه.

قال ابن يونس: يعتق عليه قريبه إذا كان مليئًا علم أم لا كان فيه فضل أم لا؛ لقيام الشبهة فقد يكون علم بذلك، فكتمه فيتهم فى بيع قيمة ولائه، ولأنه لو وطئ أمة من القراض فحملت منه فهى أم ولد فى القراض فضل أم لا.

وابن القاسم لا يعتبر هذه الشبهة.

والفرق: أن العتق إحسان، فلا تشاحح فيه، والوطء انتفاع فتشوحح[1] فيه، كما أن نفقة القريب لا تجب مع الإعسار، بخلاف نفقة الزوجة؛ لأن الأول معروف، والثانى معاوضة.

ولو كان معسرًا وفيه فضل، ولم يوجد من يشترى بعضه إلا ببخس عن قيمة الجملة لدخول العتق فيه، بيع كله، وأخذت[2] نصيبك، وجعلت نصيبه فى رقبة، أو يعين بها؛ كمن أعتق وعليه دين وفى العبد فضل.

وعن ابن القاسم: إذا اشترى أباك عالمًا، وهو معسر، وفيه فضل، عتق الجميع، واتبع فى ذمته؛ لأنه عتق بالعقد، فإن تنازعتما بعد الشراء، صدق العامل؛ لأنه غارم.

قال صاحب النكت: قيل: إذا اشترى أبا نفسه وهو عالم أم لا، وفيه فضل خمسون ولا مال له، فيباع لرب المال بقدر رأس ماله، ويبقى نصف ما بقى مملوكًا لرب المال، والنصف الآخر على العامل، كشقص[3] فى عبد بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه معسرًا.

قال اللخمى: وعن أشهب: إذا اشترى أبا نفسه معسرًا غير عالم ولا فضل فيه، عتق، وعتقه إذا كان فيه فضل وهو موسر غير عالم بالقيمة، كانت أكثر من الثمن أو أقل؛ لأن مصيبته من صاحب المال فله ربحه، وعليه وضيعته، والقيمة فى جميعه يوم الحكم، ولا يعتبر قيمة نصيب الولد من الربح يوم شرائه، ويكون الاستكمال لصاحب المال يوم الحكم؛ لأنه يؤدى إلى تبدئه العامل عليك قبل وصول مالك إليك، وقد يهلك العبد قبل التقويم، فلو اعتبرت القيمة فى نصيب العامل، أخذ

---

(١) فى ط: فتشاحح.
(٢) فى أ: وأخذ.
(٣) فى ط: كشحص.

ربحًا ولم يصل إليك وكذلك إن لم يهلك، وتغير سوقه بنقص، لم يقف العامل على جزئه من الربح يوم الشراء؛ فقد يكون الباقى كفاف رأس المال، فيكون أخذ ربحا دونك.

وإن اشترى عالمًا[1] فعليه الأكثر من الثمن أو القيمة يوم يقام عليه؛ لأنه معتد بالشراء، وإن علم أنه ولده، وجهل الحكم، وظن جواز ملكه - عتق بالقيمة، وهلاكه قبل النظر فيه من صاحب المال، إلا قدر ما ينوب العامل من الربح، فإن كان معسرًا وفى المال فضل، بيع بقدر رأس المال، ونصيبه من الربح، وعتق الفاضل عليه.

تمهيد: مذهبنا ههنا مبنى على خمس قواعد:

أحدها: إن ملك[2] أصوله أو فصوله، عتقوا عليه، وفى غيرهم خلاف.

وثانيها: أن العلم بأن مشتراه قريبه، يقتضى ظاهر حاله: أنه التزم ثمنه، [برًا به][3] وإلا فالطباع تميل إلى امتهان الأجانب بالملك دون الأقارب، فمخالفة الطبع تدل على ذلك.

وثالثها: أن الملىء إذا أعتق شقصًا بالإنشاء أو عتق عليه بالملك كمل عليه للحديث.

ورابعها: أن كل ما يشتريه يقع على ملكك، صلح للتنمية أم لا؛ لظاهر التفويض إليه.

وخامسها: أن التسبب فى الإتلاف يوجب الضمان، فإذا تسبب بإدخال قريبك فى ملكك ضمن، ومعنى قول الأصحاب: «عتق على العامل»، معناه: الغرم عليه، وإلا فالعتق عليك.

وقال (ش): إذا اشترى من يعتق عليك بعين مال القراض، بطل الشراء، أو فى الذمة صح ولا يعتق؛ لأنه على ملكه فإن دفع من مال القراض ضمنه؛ لأن مقصود القراض: التنمية، فلا يقبل ما يبطلها، وإن اشترى من يعتق عليه وليس فى المال ربح، فالشراء ماضٍ للقراض؛ لعدم التعدى عليك، أو فيه ربح، وقلنا: لا يملك

(١) فى ط: غير عالم.
(٢) فى ط: إن من ملك.
(٣) سقط فى أ.

بالظهور، صح - أيضًا - ولو قلنا: يملك، لم يصح الشراء؛ لمناقضة مقصود القراض، فهذا تفريع (ش) وقواعده.

فرع: فى الكتاب: إذا وطئ [العامل][1] أمة من المال فحملت وله مال ضمن قيمتها، وجبر بها رأس المال؛ للشبهة فى المال من حيث الجملة.

قال صاحب التنبيهات: قيل: معناه: اشتراها للقراض وتعدى فى الوطء.

وقيل: لا فرق، وتلزمه القيمة، إن كان موسرًا، وإلا بيعت واتبع بقيمة الولد، إن لم يكن فى ثمنها فضل عن قيمتها، وهذا أصل لمالك. وقول ابن القاسم ضعيف عندهم.

وقال ابن يونس: قال محمد: عليه الأكثر من قيمتها يوم الوطء، أو يوم الحمل، أو الثمن؛ لأنه رضى بالثمن، والحمل والوطء سببا إتلاف فله اعتبار أيهما شاء.

قال ابن القاسم: وإن لم يكن له مال اتبع بقيمتها يوم الوطء، ولا يقبل قوله فى عدمه أنه إنما اشتراها للقراض؛ لاتهامه فى الإقرار ببيع أم ولده، وبدفع الدين عن ذمته، فإن شهدت بينة بذلك بيعت فى عدمه، وإن لم تحمل وهو عديم، بيعت فيما يلزمه من القيمة.

وعن مالك: إن حملت وهو عديم ولا ربح فيها، تباع إذا وضعت فيما يلزمه من الدين؛ لأن الدين مقدم على العتق، ويتبع بقيمة الولد يوم وضعته، إلا أن يكون فيه فضل، فيباع [منها][2] بقدر رأس المال وقدر حصة ربه من الربح، والباقى أم ولد[3].

قال ابن القاسم: وإن استلف من مال القراض ثمن الأمة فحملت، أخذ منه الثمن فى عدمه وملائه؛ لأنه دين عليه.

قال ابن حبيب: سواء وطئها من القراض أو اشتراها لنفسه من مال القراض فتحمل، فإنه يرد الأكثر من ثمنها، أو قيمتها يوم الوطء؛ لأنه متعد فى تسلف ذلك.

لنا ملاحظة تقديرها فى القراض، إلا إن كان فيها فضل عن الثمن، بيع بقدر الثمن، وحصتك من الربح، ووقف نصيبه منها، لعله ييسر فيشترى باقيها وتبقى أم

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: أم ولده.

ولد له.

وإن لم يكن فيها فضل بيعت كلها فى الثمن، فإن لم توف [اتبع][(١)] بتمامه، والولد فى ذلك كله لا شىء فيه؛ لضمانها بالوطء؛ فالولد نشأ على ملكه.

وتسوية ابن حبيب بين ما يشتريه لنفسه، وجارية القراض ضعيف.

وقوله: «لعله ييسر فيشترى باقيها فتكمل أم ولد»: إنما تكون أم ولد إذا أولدها ثانية.

وقوله: «ليس عليه فى الولد شىء»، فيه خلاف.

فرع: فى الكتاب: إذا أعتق من القراض عبدًا جاز؛ لأنه التزمه ويغرم لك رأس مالك وحصتك من الربح إن كان مليئًا، وإلا بيع بقدر رأس المال وحصتك من ربحه، وعتق الباقى، ولو أعتقته أنت جاز، وضمنت حصة العامل.

قال صاحب التنبيهات: قيل: معناه: من الثمن أو القيمة لزم العتق، وكذلك الجواب فى الجارية يطؤها فتحمل.

قال اللخمى: يعتق بالقيمة على العامل إذا اشتراه للقراض وهو موسر، وإن اشتراه لنفسه، فالأكثر من الثمن أو القيمة يوم العتق، فإن كان معسرًا رد العتق، إلا أن يكون فيه فضل، فيعتق الفضل.

وقال غيره: أنت[(٢)] بالخيار فى إمضاء عتقه ورده إن كان موسرًا، إلا أن يكون فيه فضل فيعتق الفضل.

وقال غيره: فينفذ العتق؛ لنصيبه فيه.

فرع: قال صاحب المقدمات: مسائل هذا الباب أربعة:

من يعتق عليه، أو عليك، أو يعتق عبدًا، أو جارية من القراض، أو يطؤها فتحمل.

وشراؤه من يعتق عليه فيه ثمان مسائل:

أربع فى العالم، وأربع فى غير العالم؛ لأن العالم الموسر، إما مع الربح، أو عدمه، والعالم المعسر، إما مع الربح، أو عدمه، وكذلك غير العالم.

فالعالم الموسر مع الربح يعطى رأس المال، وحصتك من الربح يوم الحكم إلا

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: إنك.

أن يكون الثمن أكثر من الثمن يوم الحكم فيعطيك مالك وحصتك من الربح من الثمن، لرضاه بالثمن عند الشراء، فلك أخذه بالأكثر.

وقال المغيرة: يعتق عليه قدر حصته، وتقوم عليه حصتك يوم الحكم.

وأما العالم الموسر ولا ربح، يعطيك الأكثر من القيمة يوم الحكم أو الثمن؛ لأن علمه يقتضى رضاه بالثمن.

وقال المغيرة: لا يعتق[1]؛ لعدم الفضل، ويباع، وثمنه لك.

وأما العالم المعسر مع الربح، فقوله فى الكتاب: يباع بقدر رأس المال وربحك- يريد: يوم الحكم - ويعتق ما بقى إن كان مثل القيمة يوم الحكم، أو أقل، وأما الأكثر من القيمة فتتبعه بما يجب لك من الزائد فى ذمته، نحو: شرائه بمائتين ورأس المال من ذلك مائة، وقيمته يوم الحكم مائة وخمسون، فيباع [لك][2] منه بقدر رأس مالك وحصتك من الربح يوم [الربح وذلك مائة وخمسة وعشرون، وبيعه بخمسة وعشرين؛ لأن الواجب لك من المائتين مائة وخمسون، وإن أردت فخذ من العبد برأس مالك وحصتك من الربح يوم][3] الحكم على ما يساوى جملة؛ لأنه أوفر لنصيبه الذى يعتق به؛ لضرر الشركة فى البيع، وليس لك الأخذ بما يباع به لو بيع.

وأما العالم المعسر مع عدم الربح، فلا يعتق عليه، ويتبع بالثمن، إلا أن تشاء فيباع ويدفع الثمن لك، إلا أن يكون ثمن الشراء أكثر فلك اتباعه بالزائد؛ لعلمه بذلك عند الشراء.

وأما غير العالم الموسر مع الربح، يقوم عليه سائره يوم الحكم؛ كعتق أحد الشريكين وهو موسر، وهو مراده فى الكتاب، ولم يخالف المغيرة ههنا، بل مع العلم.

وأما غير العالم الموسر مع عدم الربح فيباع ويدفع لك مالك.

وكذلك المعسر.

---

(١) فى ط: لا عتق.

(٢) سقط فى أ.

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى أ.

وأما غير العالم المعسر مع الربح يباع منه بقدر رأس المال[١] وحصتك من الربح يوم الحكم ويعتق الباقى، ولكن الأخذ منه بقدر رأس مالك وحصتك على ما تساوى جملته؛ لأنه أوفر للعتق وليس لك الأخذ بما كان يباع منه.

قال: وأما شراؤه من يعتق عليك ففيه ثمانى مسائل: كما تقدم:

فالعالم الموسر مع الربح يوم الشراء: فإنه يعتق عليه ويعطيك رأس المال[٢]، وحصتك من الربح إن كان فيه ربح يوم الشراء، وإلا فالثمن الذى اشتراه[٣] به، وإن كانت قيمته أكثر؛ لعدم الربح بالعتق عليه.

وأما المعسر مع الربح يوم الشراء: يباع منه لك برأس مالك وحصتك من الربح، وإن فضل شىء عتق، وإن لم يساوى إلا أقل من ذلك بيع جميعه لك، واتبعته بما نقص من رأس مالك وحصتك. وأما غير العالم: فإنه يعتق عليك، وتقوم حصة ربه يوم الشراء عليك كعتق أحد الشريكين إن كان ربح، فإن لم يكن لك مال بقى حظه رقيقًا، كان العامل مليئًا أم لا.

ومعنى قوله فى الكتاب: عتق عليك، يريد: يوم الشراء.

[وقوله: «يدفع للعامل حصة ربحه»، يريد به: يوم الشراء][٤].

وقوله: «إذا اشترى قريبك عالمًا يعتق عليه ويؤخذ منه الثمن»، يريد: وإن كانت القيمة أكثر من الثمن المشترى به؛ لأنك لا تربح فيمن يعتق عليك، بخلاف إذا اشترى من يعتق عليه وهو عالم، فإن اشترى من يعتق عليك وكان ربح قبل الشراء نحو رأس المال - مائة - فيصير مائتين فيشترى بهما، فلا يؤخذ منه جميع الثمن، بل مائة وخمسون: رأس المال وحصتك من الربح.

وقوله فى الكتاب: «إن لم يكن له مال بيع وأعطيت رأس مالك وحصتك من الربح» يريد: الربح يوم الشراء، نحو رأس المال مائة، فصار مائتين فاشتراه بهما وهو عالم معدم؛ فيباع بمائة وخمسين ويعتق الفاضل، كان ربع العبد أم لا؛ لأنه إن [ساوى أكثر لم يصح][٥] أن يباع لك بأكثر من ذلك؛ لأنه الذى تعدى عليه من

(١) فى ط: مالك.
(٢) فى ط: مالك.
(٣) فى أ: اشترى.
(٤) سقط فى أ.
(٥) فى ط: يساوى أكثر لم يكن.

مالك؛ ولأنه تعذر ملكه لك فتعذر ربحه، وإن ساوى أقل بيع ولو جميعه؛ لعدوان العامل عليك فى ذلك القدر، وإن ساوى أقل اتبعته، وهو معنى قوله فى الكتاب.

وفى شرائه من يعتق عليك وهو عالم ستة أقوال:

قول الكتاب: يعتق عليه إن كان له مال وإلا بيع، ويعتق عليك فى كتاب «الرهون» ما يقتضيه، وفى كتاب «العتق» ما يقتضى أن البيع لا يجوز.

وعن ابن القاسم: لا يعتق على واحد منكما.

وعن مالك: أنه يضمن الثمن وله العبد.

والسادس: تخير بين أخذه فيعتق عليك وللعامل فضله إن كان، وبين تضمينه؛ لتعديه.

فإن لم يعلم، فقولان:

فى الكتاب: يعتق عليك.

وعن ابن القاسم: لا يعتق على واحد منكما.

وأما إن أعتق رقيقًا من القراض، فإن اشتراه للعتق، عتق وغرم لك رأس مالك وحصتك، وإن اشتراه للقراض موسرًا فقيمته يوم العتق إلا حصة الربح.

وعلى قول الغير فى المدونة - وهو المغيرة - إن كان ربح، عتق نصيبه وقوم عليه نصيبك، وإن لم يكن ربح، لم يعتق[1] منه شىء.

وهذا إن اشتراه بجميع المال، وإلا إن اشتراه ببعضه، عتق عند ابن القاسم، وجبر القراض من ماله بقيمته يوم العتق إن اشتراه أو الثمن إن اشتراه، خلافًا للمغيرة.

وأما المعسر فلا يعتق عليه شىء، إلا أن يكون فيه فضل، فتعتق حصته ويباع الباقى لك.

وأما إن اشترى جارية للقراض فأحبلها، موسرًا جبر القراض بقيمتها يوم الوطء، أو معسرًا، ولا فيها فضل، بيعت واتبع بقيمة الولد، أو فيها فضل، فقيل: تباع لك برأس مالك وربحك، والباقى أم ولده.

وقيل: كالأمة بين الشريكين يطؤها أحدهما فيحبلها، ولا مال له، على الاختلاف

---

(١) زاد فى ط: عليه.

المعلوم فى ذلك.

وإن اشترى للوطء فأحبلها:

قال ابن القاسم مرة: عليه الثمن، ومرة قال: عليه القيمة فيجبر بها القراض إن كان له مال، وإلا بيعت، وهذا إن لم يكن فيها فضل، فإن كان فعلى الاختلاف المتقدم.

قال: هكذا حكى الاختلاف بعض أهل النظر.

قال: والذى أراه: أن الاختلاف فى بيعها، إذا حملت وهو معدم - إنما هو إذا اشترى ووطئ ولم يعلم أكان اشتراها للقراض أو لنفسه، أو استلف من القراض، فحمله مالك على القراض دون السلف، فباعها فى القيمة إذا أعسر، وحملها ابن القاسم على السلف فقال: لا تباع.

أما إذا علم شراؤها للقراض ببينة، تباع - اتفاقًا - فيما لزمه من القيمة، أو شراؤها لنفسه من القراض، فلا تباع، ويتبع بالثمن المشترى به اتفاقًا.

فرع: فى النوادر: قال ابن القاسم: إذا كاتب عبدًا من القراض، فله[1] رده وما قبض منه؛ كالغلة.

قال أحمد بن ميسر: ما لم يؤد عنه أجنبى ليعتقه، فإن أجزت عتقه فلا شىء له من ولائه، إلا أن يكون فيه فضل فبقدر حصته، وليست الكتابة كالعتق فى الرد؛ لنفوذ عتق الوصى لعبد يتيمه، وتلزمه القيمة، ولا تنفذ كتابته.

وقال الأبهرى: إذا اشترى جلودًا فبارت عليه فقطعها خفافًا فليستأجر عليها ولا يعملها هو، أخذ أجرة أم لا، قاله مالك؛ لأنه إن أخذ فهو إجارة وقراض وإلا فذلك كزيادة اشترطها.

وعن مالك: له الأجرة؛ لأن أثر صنعته موجود.

فرع: قال: يمتنع: خذ هذا القراض على أن يخرج مثله ويكونا شريكين؛ لأن القراض لا يضم إلى عقد الشركة. خلافًا للشافعية، فإن اشتركتما بعد العقد جاز.

فرع: قال: معه مائة قراض اشترى بمائتين، إحداهما مؤجلة فباع بربح، اقتسما الربح على المائة القراض وقيمته المؤجلة أن لو كانت عروضًا إلى ذلك الأجل.

---

(١) فى أ: قال.

فرع: قال صاحب المنتقى: لا يملك العامل حصته بالظهور، بل بالقسمة.

وقاله (ش) خلافًا لأبى حنيفة؛ لأن سبب الاستحقاق العمل، فلا يستحق إلا بعده، وهو المشهور.

وعن مالك: بالظهور؛ لأنهما شريكان.

وفى الجواهر: على المشهور: له حق مؤكد[١] يورث عنه.

ولو أتلف المالك أو أجنبى المال غرم حصته، ولو كان فى المال جارية [حرم][٢] على المالك وطؤها.

وعلى الشاذ: يملك بالظهور ملكًا مزلزلًا؛ لأنه وقاية لرأس المال عن الخسارة.

فرع: فى الكتاب: إذا باع سلعة بثمن إلى أجل بإذنك، امتنع شراؤك إياها نقدًا بأقل من الثمن؛ سدًّا للذريعة.

فرع: فى المقدمات: فى اشتراط أحدكما زكاة ربح المال أربعة أقوال:

جوزه ابن القاسم منكما فى المدونة؛ لرجوعه إلى جزء معلوم، ومنعه من كليكما.

ويجوز لك دون العامل، وعكسه مخرج غير منصوص على القول بأن المشترط يدفع للمشترط عليه فالغرر[٣] إنما يكون فى اشتراطك دونه، فإن وجبت الزكاة نقص نصيبه، وإلا فلا، وأما اشتراطه عليك، فيكون لك الفضل مطلقًا. والثالث: يتخرج على القول بأن المشترط يكون لمشترطه إن لم يكن فى المال زكاة، ويتخرج الثانى على القول بأنه يكون بينكما، إن لم تكن زكاة؛ فيحصل الغرر بالتقديرين، وحمل قول المدونة على الأغلب: من أن النضوض لا تكون قبل الحول.

وإن كان المال دون النصاب فالغالب كماله.

وفى المنتقى: يمتنع اشتراط زكاة المال عليه، بخلاف زكاة ربحه؛ لأنها قد تستغرق حصته، ويجوز اشتراط زكاة المال عليك، فإن شرط زكاة المال عليك من رأس مالك، منعه ابن القاسم؛ للجهالة. وقيل: يجوز؛ لرجوعه إلى جزء معلوم.

فرع: فى المنتقى: إذا قام غرماؤه عليه ببلد غائب عنك، لا يباع له ليأخذوا من

---

(١) فى أ: مؤكل.
(٢) فى أ: لم يحرم.
(٣) فى ط: بالغرر.

الربح؛ لأن أخذه إنما يكون بعد المقاسمة، أو قام غرماؤك والمال عين، قضى الدين، ودفع له حصته من الربح، قاله مالك. أو سلع لم يحكم بالبيع حتى يرى له وجه؛ لتعلق حقه بالقراض.

فرع: في الجواهر: إذا نقص المال بخسارة أو ربح، امتنع - عند ابن القاسم - أخذ قراض آخر لا على الخلط ولا على الانفراد، كان الجزء متفقًا أو مختلفًا؛ للتهمة.

وأجازه غيره بثلاثة شروط:

وجود الربح؛ لئلا يتهم على التمادي للتنمية.

وموافقة الجزء؛ لئلا يزيد أو يضع للتمادي على القراض.

وعدم الخلط؛ ليبرأ من التهمة في القراض الأول.

فرع: قال: إذا عامل عاملًا آخر بغير إذنك، فإن اتفق الجزءان فالربح بين العامل الثاني وبينك ولا شيء للأول؛ لعدم عمله، وإن اختلفا فكان الأول أكثر من الثاني فالزائد لك، أو أقل فلك شرطك؛ عملًا بالعقد، ويرجع الثاني على الأول.

وقيل: للثاني حصته كاملة وترجع أنت على الأول بباقي حصتك.

فرع: قال: أخذ ألفين فتلفا بعد الشراء وقبل النقد[1]، فإن أخلفتهما فرأس المال ما أخلفته خاصة، وإن لم تخلفهما فالسلعة على ملكه؛ لأنه المباشر والعهدة عليه.

وقال المغيرة: تجبر على الخلف؛ لأنك أدخلته في العقد.

ولو تلف أحدهما قبل الشراء فعمل في البقية، فرأس المال ألفان، وإن اشترى بألفين فتلف أحدهما قبل النقد فعوضته، فرأس المال[2] ثلاثة آلاف؛ لأنه زيادة على ما استحقه عقد الشراء، فإن امتنعت عوض العامل وشارك بالنصف.

ولو تسلف نصف المال فأكله، فرأس المال الباقي؛ لضمانه المتسلف ولا ربح للمتسلف.

ولو ربح في مائة فأنفق مائة تعديًا ثم تجر بمائة فربح، فمائة في ضمانه، وما ربح أولًا وآخرًا بينكما، [ولو ضاع ذلك][3] ولم تبق إلا المائة التي في ذمته ضمنها، ولا

---

(١) في أ: العقد.

(٢) في ط: للمال.

(٣) سقط في ط.

ربح؛ إذ لا ربح إلا بعد رأس المال، فإن اشترى بالمال - وهو مائة - عبدًا يساوى مائتين، فجنيت عليه ما ينقص مائة وخمسين ثم بيع بخمسين فعمل فيها، فربح أو خسر - لم تكن جنايتك قبضًا لرأس مالك وربحه حتى تحاسبه وتفاصله، وإلا فذلك دين عليك مضاف لهذا المال.

فرع: فى النوادر: إذا ترك صاحب المركب الأجرة، وقال صاحب المال: أولانى خيرًا - اختص الكراء بك، إن لم يعلم صاحب المركب أن المال قراض، أو علم وقال: ما تركها إلا لرب المال وهو مصدق؛ لأنه أعلم بنيته، وإن قال: تركتها مكافأة، ولم يقل: لك، فهى بينكما على قراضكما.

فرع: قال صاحب المنتقى: صفة القسمة: أن تأخذ من العين مثل ما دفعت، أو تأخذ به سلعًا إن اتفقتما [على ذلك][1]، ثم تقتسمان الباقى عينًا[2] أو سلعًا، قاله مالك.

وإن كان ديونًا بإذنك فسلمها إليك جاز.

فرع: قال: إذا تفاصلتما، خلى للعامل، مثل خلق القربة، والجبة، والأداة، والغرارة، ونحو ذلك، وما له بال فيباع.

فرع: فى النوادر: منع مالك أخذ القراض ليعطيه لغيره؛ لأنك لم تستأمن الثانى.

وأجاز ابن القاسم بعد أخذ القراض أن يبضع بإذنك، بخلاف قبل أخذه لنفسه فيمتنع اشتراط ذلك عليه؛ لأنه إجارة وقراض.

* * *

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: عينًا عينًا.

كتاب المساقاة

وفيه مقدمتان وبابان:

المقدمة الأولى: فى لفظها:

وهى مشتقة من السقى؛ لأن غالب عملها يكون فيما يسقى بالدواليب والدلاء.

ولفظها مفاعلة، إما من المفاعلة التى تكون من الواحد وهوالقليل، نحو: سافر وعافاه الله، وطارقت النعل أو يلاحظ العقد، وهو منهما فيكون من التعبير بالمتعلق عن المتعلق، وإلا فهذه الصيغة تقتضى: أن كل واحد من العامل والمالك يسقى لصاحبه؛ كالمضاربة، والمقاتلة، ونحوهما.

المقدمة الثانية: فى مشروعيتها:

[وبجوازها][1] قال (ش) وأحمد.

ومنعها (ح) ؛ لنهيه - عليه السلام - عن المخابرة[2].

وهى مشتقة من خيبر، أى: نهى عن الفعل الذى وقع فى خيبر من المساقاة فيكون حديث الجواز منسوخًا.

أو يسلم عدم النسخ ويقول: كان أهل خيبر عبيدًا للمسلمين، ويجوز مع العبد ما يمتنع مع الأجنبى، والذى قدره - عليه السلام - من شطر الثمرة - هو قوت لهم؛ لأن نفقة العبد على المالك.

ولنهيه - عليه السلام - عن بيع الغرر[3]، وأجرة الأجير فيها غرر.

ولأن الخبر إذا ورد على خلاف القواعد رد إليها.

وحديث الجواز على خلاف ثلاث قواعد:

بيع الغرر؛ فإن الثمن المبيع مجهول الصفة والمقدار.

وإجارة بأجرة مجهولة.

وبيع الثمر قبل بدو صلاحه، والكل حرام إجماعًا.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) أخرجه مسلم (٨١ - ٨٤/ ١٥٣٦)، والشافعى فى المسند (٢/ ١٥٢) (٥٢٥ ترتيب)، والبغوى فى شرح السنة (٤/ ٢٦٠) (٢٠٦٤) عن جابر بن عبد الله.

(٣) تقدم.

وبالقياس على تنمية الماشية ببعض نمائها.

والجواب عن الأول: أن العرب كانت تعرف المخابرة قبل الإسلام، وهى عندهم: كراء الأرض بما يخرج منها؛ مأخوذة من الخبرة التى هى العلم بالخفيات، ولذلك ما تمدح الله - تعالى - بها إلا بعد التمدح بالعلم كقوله - تعالى -: ﴿عليم خبير﴾ [لقمان: ٢٤]؛ لكونها أمدح، فإن إدراك الخفى أفضل من إدراك الجلى، والحراث يخرج خفيات الأرض بالحرث؛ فاشتق ذلك لكراء الأرض لتحرث بجزء ما يخرج من المحروث.

وقيل: [الخبرة: الحرث](١)، والمخابرة مشتقة منه، ومنه سمى المزارع خبيرًا.

وعن الثانى: أنهم لو كانوا عبيدًا، امتنع ضرب الجزية عليهم، وإخراجهم إلى الشام، ونفيهم فى أقطار الأرض؛ لئلا يكون تضييعًا لما فيهم من مال المسلمين.

وعن الثالث: أن حديث الجواز - وهو ما فى البخارى: «عامل - عليه السلام - أهل خيبر على شطر ما يخرج من ثمر وزرع، ثم كان الأمر على ذلك فى خلافة أبى بكر وصدرًا من خلافة عمر، ثم أجلاهم عمر، إلى تيما، وأريحا» - خاص، وحديث النهى عن الغرر عام، والخاص يقدم على العام.

وكيف يتخيل أنه منسوخ(٢)، وقد عمل به الصحابة - رضوان الله عليهم - بعده - عليه السلام - والعمل بالمنسوخ حرام إجماعًا؟!

وعن الرابع: أن الخبر إنما يجب رده للقواعد إذا لم يعمل به، أما إذا عمل به قطعنا بإرادة معناه فيعتقد، ولا يلزم الشارع أنه متى شرع حكمًا شرعه مثل غيره، بل له أن يشرع ما له نظير، وما لا نظير له.

وعن الخامس: الفرق بأن المواشى لا يتعذر بيعها عند العجز عن الإقامة بها، بخلاف الزرع الصغير، والثمرة، وهو معارض بالقياس على القراض.

* * *

---

(١) فى أ: الجزء المحرث.

(٢) فى ط: مفسوخ.

الباب الأول

في أركانها[١]: وهي خمسة

الركن الأول والثاني: المتعاقدان:

ويشترط فيهما أهلية الإجارة:

وفي الكتاب: تجوز مساقاة أحد الشريكين الآخر؛ قياسًا على الأجنبي، وللوصي مساقاة [حائط الأيتام لغيره؛ كبيعه، وشرائه لهم، وللمأذون دفع المساقاة، وأخذها، وله مساقاة][٢] أرضه، وليس للغرماء فسخها؛ لأنها تنمية كالبيع والكراء.

ولو ساقى، أو أكرى بعد قيامهم، فسخ ذلك؛ لأنه يمنعهم من البيع بالمساقاة.

قال اللخمي: إن ساقى قبل قيامهم بعقد يمنع بيع[٣] الرقاب، فلهم الرد في الكراء والمساقاة؛ لاتهامه في منعهم، وإذا كان في يديه ما يوفي الدين، فهلك بعد المساقاة، لم ترد المساقاة قبل أمدها أو قبلها فلهم بيع الحائط دون نقض المساقاة[٤]، قبل العمل أو بعده، فيباع على أنه مساقى وليس باستثناء الثمرة، قاله ابن القاسم.

وقال غيره: يمنع البيع ويبقى موقوفًا، إلا أن يرضى العامل بترك المساقاة، فإن كانت عامًا واحدًا، والثمار مزهية، جاز بيع الأصل اتفاقًا، ويباع نصيب المفلس منفردًا إن كان أرجح، وإلا بيع مع الأصل، وإن كانت الثمار مأبورة، جاز بيع الأصل اتفاقًا.

ويختلف في إدخال نصيب المديون في البيع مع الأصل:

أجازه ابن القاسم، ولم يجعله استثناءًا لنصيب العامل؛ لأنه لم يدخل في البيع؛ لتقدم بيعه بالمساقاة.

وإذا أراد تأخير الثمار لتتم فيتوفر ثمنها، ومنع الغرماء ذلك - قدموا؛ لحقهم في البيع. وإن لم تكن الثمار مأبورة:

---

(١) في أ: أركانه.
(٢) ما بين المعقوفين سقط في أ.
(٣) في ط: ببيع.
(٤) زاد في ط: قاموا.

فعلى قول ابن القاسم: يجوز بيع الرقاب ونصيب العامل، بخلاف ما لم يعقد فيه المساقاة.

وعلى قول غيره: يوقف بيع الأصل والثمرة؛ لأن عنده: يمتنع استثناء بعض الثمرة.

وكذلك إذا كانت المساقاة نحو أربع سنين، يجوز عند ابن القاسم بيع الرقاب، ونصيبك دون نصيب العامل، وعلى قول الغير: يمتنع مطلقًا.

قال ابن يونس: قوله فى الكتاب: «ليس لهم الفسخ»، هو على قول من يجيز بيعه، وعلى قول من يمنع قبل الإبار: لهم الفسخ، إذا كان يحل دينهم قبل جواز بيعها؛ لأنهم يمتنعون بالمساقاة من البيع.

فرع: فى الكتاب: للمريض أن يساقى نخله، إلا أن يحابى؛ فيكون ذلك فى ثلثه.

قال ابن يونس: قيل: يمتنع أن يساقى على الورثة أكثر من الثلث، فإن كان الحائط أكثر من الثلث وساقاه سنة، ونحوها فيما يجوز بيع النخل إليه، جاز، إلا أن يكون فيها محاباة لا يحملها الثلث، كمساقاة على ثلاثة أرباع ومساقاة مثله الربع، فقد أوصى له بالنصف فتخير[1] الورثة بين إمضائه، أو يقطع له ثلث مال الميت، ويكون لهم عدم الإجازة، كوصية بخدمة عبده عشر سنين، وهو لا يحمله الثلث، ويحمل خدمته؛ لأنه عوق عليهم أكثر من الثلث، فيخيروا[2] بين الإجازة ودفع الثلث بتلا.

قال اللخمى: قال سحنون: إذا زاد على مساقاة مثله بأمرين فهو كهبته، يوقف السقى إلى ما لا يطول ولا يضر، فإن صح نفذ، وإن مات وحمل ثلثه الحائط نفذ، وإن لم يحمله وحمل المحاباة خير الورثة بين الإجازة وبين قطع الثلث له بتلًا.

وتستحب المساقاة ولا يمكن العامل حالة الوقف من السقى، فإن خيف على الحائط فسخت المساقاة قبل الصحة والموت.

فرع: فى الكتاب: يكره عملك عند النصرانى مساقاة؛ لأنه استيلاء على المسلم بملك منافعه، ويجوز أن تساقيه، إن أمنت ألا يعصر نصيبه خمرًا.

---

(١) فى ط: فخير.
(٢) فى أ: يخير.

الركن الثالث: العمل: وفى الجواهر: شرطه: الاقتصار على عمل المساقاة، ولا يضم إليه عملًا آخر؛ لئلا يكون ذلك الآخر إجارة بأجرة مجهولة لغير ضرورة.

وأن يستبد العامل بالعمل، فلا يشترط مشاركة المالك له فيه؛ لئلا تكثر الجهالة فى العمل، وقاله أحمد، و (ش).

وقال سحنون: إذا كان الحائط كبيرًا يجوز اشتراط الغلام فيه، جاز اشتراط عمل المالك؛ قياسًا على الغلام.

وقال عبد الحق: ليس الغلام كالمالك؛ لأن يد المالك إذا بقيت لم يرض بأمانة العامل، بخلاف الغلام.

ويجوز اشتراط غلام المالك لمساقاة عاملين، إذا كان الحائط كبيرًا، واشترط بقاءه مدة المساقاة؛ لينضبط العمل، وأنه إن مات قبل ذلك أخلفه.

فرع: فى الكتاب: تجوز مساقاة النخل وفيها ما لا يحتاج إلى السقى قبل طيبه.

قال ابن يونس: قال مالك: تجوز فى كل ذى أصل من التجر، ما لم يحل بيع ثمرها فيمتنع؛ لانتفاء الضرورة حينئذ، ولا تجوز إلا لمدة[1] معلومة، ولم يتعرض فى الخبر لها؛ لأنه قصد بيان جوازها.

وقاله (ش)، وأحمد؛ تقليلًا للجهالة بخلاف القراض؛ تأجيله يبطل حكمته.

وقيل: لا يحتاج إليها؛ لأنها من جداد إلى جداد، كالقراض من محاسبة إلى محاسبة.

وقد قال مالك: الشأن فيها الجداد وإن لم يؤجلاه.

فرع: قال ابن يونس: قال سحنون: منتهى المساقاة فى التمر: جداده بعد إثماره، وفى التين والكرم: قطافه، ويبسه، وفى الزرع: تهذيبه.

قال مالك: فإن تأخرت نحو: العشرة من النخل أو الشجر، فعليه سقى جميع الحائط حتى يجد ما بقى، ويسقى فى الأجناس المختلفة كالنخل والرمان حتى يفرغ الجميع.

وقال مطرف: كلما قطعت ثمرة انقضت مساقاتها، قلت أو كثرت؛ تشبيهًا للأصناف بالحوائط.

---

(١) فى ط: إلا إلى مدة.

قال مالك: وإذا دخل الحائط سيل فاستغنى عن الماء فلا تحاسبه بذلك.

فرع: قال اللخمى: قال مالك: إذا هارت بئرك جاز لجارك أخذ حائطك مساقاة يسقيه؛ للضرورة.

قال سحنون: إذا كان يسقى بفضل بئره؛ لأن لك أخذه منه كرهًا، فلم تزد المساقاة شيئًا.

ثم منعها سحنون؛ لأنك إنما تأخذ الماء حتى تصلح بئرك، وههنا تترك إصلاح البئر لمائه.

فرع: فى الكتاب: له اشتراط ما فى الحائط يوم العقد من الرقيق، والدواب، ويمتنع اشتراطك نزع ذلك منه؛ لأنها زيادة اشترطتها لنفسك. إلا أن تكون تدعيها قبل ذلك.

ولا يشترط عليك[1] ما لم يكن فيه عند العقد، إلا ما قل، كغلام، أو دابة فى حائط كبير؛ لأنه كزيادة تختص به، وفى الحائط الصغير الذى تكاد تكفيه الدابة يصير جملة العمل عليك، ولا يشترط إخلاف ما جاء به من الدواب، أو الرقيق؛ لأنه - عليه السلام - لم ينزع من أهل خيبر، ولم يعطهم، وما كان يوم العقد فخلفه عليك؛ لأنه عليه دخل.

ويمتنع اشتراطك خلفه عليه؛ لأنها زيادة تختص بك وتبقى بعد المساقاة.

وعليه نفقة نفسه، ودواب الحائط، ورقيقه، وجميع المؤنة[2]، كان الرقيق لك أو له، ويمتنع اشتراط نفقتهم عليك؛ لأن العمل عليه، فعليه نفقة العاملين وقاله[3] ابن حنبل.

وقال (ش): نفقة غلمانك عليك؛ لأنهم ملكك إلا أن يشترط إخلافهم.

وعليه الحصاد والدراس والجداد وقاله (ش) وأحمد.

وإن شرطت قسمة الزيتون حبًا، جاز، أو عصيرًا، جاز، ولا يشترط عليك صرم النخل؛ لأنه عليه، والتلقيح عليه، ويجوز اشتراطه عليك.

قال ابن يونس: على العامل النفقة، والمؤنة والدواب، والدلاء، والحبال، وأداة

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: المئونة.
(٣) فى أ: قال.

الحديد، ونحوها؛ لأنها أسباب صلاح الثمرة، وقد التزم إصلاحها، إلا أن يكون في الحائط عند العقد؛ لأنه دخل عليه.

وقال (ش)، وأحمد: على العامل بلفظ المساقاة ما يصلح الثمرة: كالحرث، والسقى، وإصلاح طرق الماء، وحفظ الثمرة. وعليك كل ما يحفظ الأصل: كشد الحيطان، وحفر الأنهار، وعمل الدولاب، وحفر البئر. وكل ما يتكرر كل عام فعليه، وما لا يتكرر كل عام فعليك: كالبقر والدولاب، والدواب فإن شرط أحدهما على الآخر ما لا يلزمه فسدت.

قال: وإذا دخل على أداة ونحوها لا يعمل بها فى حائط غيرك. فإن جهل، أو نسى ما فى الحائط من ذلك، وظن أن ذلك بغير استسقاء، وقلت: إنما ساقيتك الحائط وحدها:

قال ابن القاسم: يتحالفان ويتفاسخان؛ لاستواء الدعاوى.

قال ابن حبيب: إذا شرط عليك خلف ما جاء به، أو اشترطت عليه خلف مالك، فله إجارة مثله؛ لأنها زيادة لمشترطها.

قال بعض القرويين: وأما الدلاء والحبال فلها وقت معلوم تفنى فيه، بخلاف الدواب، فأما اشتراط الغلام والدابة فى الحائط الكبير فعليك خلف ذلك بمنزلة ما فيه عند العقد.

وإذا كان الأجراء لك فعليك أجرتهم، وعليك نفقتهم؛ لأن عليك ما يحفظ الأصل، وعليه إقامة ما يصلح الثمرة.

قال اللخمى: للحائط أربع حالات:

فيه كفاية من الرقيق والدواب، ليس فيه شيء، أو كفاية بعضه، أو فيه أجراء، فتجوز المساقاة فى الأول على ما هو عليه، ولا يخرج منه ما فيه، ولا يعمر بما ليس فيه؛ لأنه الذى تناوله العقد، قاله مالك وابن القاسم. ولأنه - عليه السلام - لم يزد ولا نقص من خيبر شيئًا، ومعلوم أنها لا تكون صفة واحدة.

وعن ابن نافع: لا يدخل الرقيق إلا بالشرط، فإن اختلفا تحالفا وتفاسخا.

ويجوز اشتراط ما ليس فيه؛ لأن ذلك أصل الإجارات[1]، وهو القياس، وقد

---

(١) فى ط: الإجارة.

لاحظ مالك القياس دون السنة، حيث جعل الخلف عليك فيما هلك من الرقيق الكائن عند العقد.

وإن كان فيه كفاية البعض فعلى العامل تمامه للسنة، ولأنه التزم[1] إصلاح الثمرة.

وعلى قول ابن نافع: يكون لربه فيه. ويجوز اشتراط التمام عليك.

وإن كان فيه أجراء على غير وجيبة، فكالذى لا رقيق فيه، أو على وجيبة إلى مدة تنقضى فيها المساقاة، فهم كرقيق الحائط.

ويمتنع إخراجهم على قول مالك، ويجوز على قول ابن نافع.

ويستعملهم؛ توفية بالعقد، وإن كان انقضاء الإجارة فى نصف مدة المساقاة فما بعد الأمد عليه: كالحائط الخالى، وخلف من يموت عليك إلى انقضاء أمد الإجارة.

وحيث جوزنا فى الحائط الكبير اشتراط الدابة والغلام، إن اشترط غير معين فأتيت به فهلك أو تلف أخلفته: كالإجارة أو معينًا، امتنع، إلا أن يشترط عليك خلفه؛ لأن إطلاق العقد يقتضى: أن عليه من العمل ما بعده، فهو غرر وليس هذا كإجارة المعين؛ لأن العامل لم يشتر شيئًا من منافع ما فى الحائط وإنما يعملون لك.

وعن مالك: نفقة الدواب والرقيق عليك؛ لأنها ملكك فتنفق عليه، وهو القياس.

ولأن خلافه طعام بطعام إلى أجل؛ لأن بعض الثمرة عوض عن المؤنة، وعلى هذا تكون نفقة الأجراء عليك؛ كرقيقك.

وإذا سرقت الحبال أو الدلاء، فعليك خلفها، ويمكن من استعمال الجديد ما يرى أنه بقى من استعمال الأول، ثم تأخذها، ويأتى هو بما يستعمله مكانها، وعليه كنس البئر، والعين، وتنقية ما حول النخل؛ لينتقع فيه الماء، وبناء الزرنوق، والقف، وإصلاح ما انفسد من ذلك عليك؛ لأن عليك حفظ الأصل، وعليه إصلاح الثمرة، فإن اشترطت عليه ذلك، جاز فيما قلّت نفقته، قاله مالك، وقدم القياس على الخبر، وله فى التأبير قولان: هل عليك، أو عليه؟

وقيل: يجمع بينهما فقوله: عليك، أى: الشىء الذى يلقح به، و «عليه»: وضعه

---

(١) فى ط: التزام.

في موضع النفع به.

ولم يذكر في الكتاب عدم اشتراط عصر الزيتون، أو قسمته حبًّا؛ بل ذكر اشتراطهما.

وقال محمد بن سحنون: ذلك عليكما.

قال سحنون: ومنتهى المساقاة جناه.

وقال ابن حبيب: العصر عليه؛ لأنه الأصل في الزيتون، فإن شرط عليك وله قدر امتنع، وله إجارة المثل، والمذهب أصوب.

وإنما تتضمن المساقاة ما تحتاجه الثمرة القائمة، والعصر بعد ذلك.

قال: وكذلك أرى في الدراس.

والساقط من البلح، والليف، وتبن الزرع، ونحوها عليكما.

قال التونسي: عليه كل ما فيه نفع للثمرة، ولا يبقى نفعه لك، أو يبقى ما لا قدر له، كإصلاح اليسير في الظفيرة[١]، وأما سرو الشرب - وهو تنقية ما حول النخلة - وأما خم العين - وهو كنسها - فتبقى منفعته لك، فلا يلزمه، ويلزم بالاشتراط شد الحظار - وهو تحصين الجدر - ورم القف - وهو الحوض الذي يجرى منه الماء إلى الظفيرة؛ كالصهريج - وإبار النخل وهو تذكيرها، وإن لم يشترطها لم تلزمه، وهي عليك إلا الجداد والتذكير وسرو الشرب، فعليه، وإن لم تشترطه، وإنما يجوز[٢] اشتراط عصر الزيتون؛ لخفته.

قال ابن يونس: قال عبد الوهاب: كل ما لا يتعلق بالثمرة، لا يلزم العامل، ويمتنع اشتراطه عليه؛ لأن المساقاة جوزت للضرورة، فلا يجوز في غير الثمرة إلا ما يجوز في البيوع، والزائد على ذلك إما إجارة مجهولة، أو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

وكل ما يتعلق بالثمرة وينقطع بانقطاعها، أو بعدها باليسير، فهو لازم له، ويجوز اشتراطه عليه، ويمتنع ما يبقى بعدها كثيرًا، كحفر بئر، أو بناء بيت[٣] يجنى فيه، أو إنشاء غرس؛ لأنها زيادة تختص بك، فهي إجارة مجهولة.

---

(١) في ط: الضغيرة.
(٢) في ط: جوز.
(٣) في ط: كن.

ويجوز اشتراط ما تخف مؤنته: كخم العين، وشد الحظار - ويروى سد، وشد- واليسير من إصلاح الظفيرة: وهى محبس الماء كالصهريج. فإن لم تشترط هذه الأمور فهى عليك.

قال محمد: وعليه رم قصبة البئر، وأشطنته[١]، وآلة الحديد، وإذا انقضى عمله فذلك له ولا يشترط عليه إصلاح كسر الزرنوق.

ويستحب إصلاح القف: وهو الحوض الذى يطرح فيه الدلو، ويجرى منه إلى الظفيرة.

وعنه: إجازة اشتراط إصلاح الزرنوق؛ لأن إصلاحه يسير، بخلاف اشتراط الزرنوق كله.

فإن ساقيته على أن يسقى، ويقطع، ويجنى، ويحرثه ثلاث حرثات، فحرث حرثين - حط من نصيبه بنسبة المتروك للمعمول.

الركن الرابع: ما يشترط للعامل:

وفى الجواهر شرطه: أن يكون جزء المساقاة عليه معلومًا بالجزئية لا بالتقدير؛ لأنه مورد السنة، وقياسًا على القراض.

وقاله (ش)، وأحمد.

وفى الكتاب: يجوز على أن جملة الثمرة للعامل، وعلى أى جزء كان؛ كالربح فى القراض.

قال اللخمى: قال مالك: من الحوائط ما لو اشترط[٢] صاحبه شيئًا لا يجد من يساقيه، فعلى تعليله يجبر العامل على العمل، أو يستأجر من العمل إلا أن يقوم دليل الهبة من قلة المؤنة وكثرة الخراج فلا يجبر على العمل، ويجرى على أحكام الهبة، ومتى أشكل الأمر، حمل على المعاوضة.

فرع: فى الكتاب: يمتنع لأحدكما مكيلة معلومة والباقى بينكما؛ لأنه قد لا يحصل إلا تلك المكيلة فهو غرر، وله أجرة المثل، والثمرة لك؛ كما تقدم فى القراض، أثمرت النخل أم لا؛ لاستيفائك منفعته بعقد فاسد.

---

(١) فى أ: وشطنه.
(٢) فى أ: اشترى.

وكذلك له نخلة معلومة والباقى بينكما، أو لك نصف البرنى وباقى الحائط له، أو نفقته من ثمر الحائط والباقى بينكما.

قال ابن يونس: يجوز اشتراط الزكاة فى حصة أحدكما؛ لرجوعه إلى جزء معلوم، فإن لم يشترط بدئ بالزكاة، وقسمتما الباقى.

فإن شرطت عليه الزكاة فأصاب أقل من خمسة، أو ستة أوسق:

قيل: يكون عشر ما أصاب لك؛ توفية بالشرط.

وقيل: يقتسمان ما أصاب على تسعة.

وإذا اشترط[١] لك نصف البرنى، فله فى البرنى مساقاة مثله، وفى الباقى أجير.

والقياس ههنا: أن كل زيادة يستبد بها أحدكما، يكون له فى ذلك أجرة المثل، والثمرة لك، كما تقدم فى القراض.

قال اللخمى: قال مالك[٢]: يمتنع لك فى كل نخلة قنو[٣]، بخلاف لك من كل نخلة كيل.

وتمتنع مساقاة حائطين بثمرة أحدهما له، والآخر لك؛ لأنه قد يعطب[٤] حائطه، وهو أجير فيها[٥] عند ابن القاسم.

وكذلك ثمرة هذا الحائط بينكما والآخر لك، أو له، ويختلف فيما بينكما هل له أجرة المثل، أو مساقاة المثل؟

قال: وأرى: له الأقل من المسمى أو إجارة المثل إن شرطت المنفرد لك، وإن شرطه له فالأكثر من المسمى أو إجارة المثل.

ومنع ابن القاسم مساقاة الحائط خمس سنين فيها بياض اشترط أول سنة له، وهو لك باقى السنين؛ للغرر، فقد تتعذر الزراعة بعد ذلك، وكذلك حائطان يعملهما سنة ثم يرد أحدهما ويعمل فى الآخر سنة.

فرع: فى الكتاب: تقتسمان سواقط النخل من بلح وغيره، والجرائد والليف،

---

(١) فى ط: شرط.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: تنوء.
(٤) فى ط: يرطب.
(٥) فى ط: فيهما.

وتبن الزرع على شرطكما.

فرع: فى الجواهر: تمتنع المساقاة أربع سنين:

سنتين على النصف، وسنتين على الربع؛ للغرر بفوات أحدهما بجائحة، مع العمل فى الآخر.

ويمتنع حائط بموضع مرغوب فيه مع آخر، إلا بجزء واحد؛ كما اتفق فى خيبر.

الركن الخامس: الصيغة:

قال صاحب المقدمات: لا تنعقد - عند ابن القاسم - إلا بلفظ المساقاة؛ لأنها أصل مستقل بنفسها؛ كما لا تنعقد الإجارة بلفظ المساقاة.

فلو قال: استأجرتك على عمل حائطى بنصف من الثمرة [لم يجز][1].

وعن مالك: جواز الإجارة بلفظ المساقاة.

وقول ابن القاسم أصح؛ لاختلاف البابين.

وفى الجواهر: تنعقد بقوله: [ساقيتك على ما فى النخل بالنصف أو غيره أو][2] ساقيتك، فيقول: قبلت، أو ما يقوم مقامه من القول أو الفعل؛ لأن مطلوب الشرع: ما يدل على الرضا.

واختلف فى لفظ الإجارة:

فأبطله ابن القاسم؛ لمباينة البابين بالمسامحة فى الغرر، ونفيه.

وجوزه سحنون؛ لأن كليهما عقد على منافع، ولا يشترط تفصيل الأعمال بل يحمل على العادة.

قال ابن يونس: عن مالك: جواز مساقاة نخل بثمر من نخل آخر مزهية، فجعله إجارة، ولم يلتفت إلى لفظ المساقاة.

وابن القاسم يمنع؛ لأن الجائحة فى المساقاة تذهب عمله باطلًا، وفى الإجارة له أجرة مثله، فهما بابان متباينان.

* * *

---

(١) سقط من ط.
(٢) سقط فى أ.

الباب الثانى

فى أحكامها

قال اللخمى: وفى لزومها بالعقد أقوال:

ثالثها: سحنون أولها: لازم؛ كالإجارة، وآخرها: إذا عجز، كالجعل؛ لأن الجعل إذا عجز فيه لم يكن له شىء.

قال صاحب المقدمات: تلزم بالقول، بخلاف القراض، وقاله (ش).

وقيل: المزارعة كذلك.

وقيل: لا تنعقد ولا تلزم إلا بالعمل.

وقيل: تنعقد وتلزم بالشرع.

ولا تلزم الشركة باللفظ ولا بالعمل، واختلف: بماذا تنعقد هل باللفظ، أو بالعمل؟ قولان فى المدونة.

وقال ابن حنبل: لا تلزم المساقاة بالعقد، وكذلك المزارعة؛ لقوله - عليه السلام فى مسلم - ليهود: «نُقِرُّكُمْ عَلَى ذَلِكَ مَا شِئْنَا»، [لما سألوه المساقاة على الشطر، ولو كانت للذمة لم تجز بغير تقدير مدة، ولم يكن له ﷺ خيرة.

وبالقياس على القراض، وهو أولى من القياس على الإجارة؛ لأن كليهما عقد ضرورة فالشبه أقوى.

والجواب عن الأول: أن المدة كانت تجدد، ولم يتعرض الراوى لنفى ذلك، فيجب اعتقاده جملة؛ لتصرفه ﷺ ما لا جهالة فيه.

ومعنى قوله: «نقركُمْ عَلَى ذَلِكَ مَا شِئْنَا»][1] أى: فى المعاملة الثانية، أو فى العقود المتجددة.

وعن الثانى: الفرق: بأن أرباح القراض منوطة بالأسواق، وهى غير منضبطة فى مدة معينة؛ فكانت غايته[2] نضوض المال، وغاية المساقاة الجداد، وما تجدد من المدة، ويكون آخرها الجداد؛ فلا يختل مقصودها.

فرع: فى الكتاب: تمتنع المساقاة فيها البياض اليسير، على أن يزرعه ببذره، أو

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى أ.
(٢) فى ط: غاية.

بذرك، وتعمل فيه على أن ما تنبته لك؛ لأنها زيادة تخصك فى زيادة الغرر.

ويمتنع اشتراطه نصف البذر عليك، أو حرث البياض، وإن جعل الزرع بينكما.

ويجوز أن يزرعه من عنده ويعمله، وما ينبت بينكما؛ كالمساقاة.

وإلغاء [البياض اليسير أحسن؛ كما ألغى فى خيبر، وكان يسيرًا، وإن كان فى الزرع ما يشغله قدر يسير، وتبع له، جاز][1] اشتراطه لنفسه ليزرعه؛ كبياض النخل.

وإن كان فى زرع شجر متفرق تبع له، جاز أن تشترط على ما يشترط فى الزرع، ولا يشترطه لنفسه، وإن قلت، بخلاف البياض، ولا يجوز على أن ثمرها لأحدكما، بل بينكما على جزء الزرع.

قال ابن يونس: جوز ابن حبيب أن تشترط بياض الحائط - [وكذلك إن سكتا عند العقد - لنفسك][2] إن كان بعلًا، أو يسقى بغير ماء الحائط.

قال محمد: فإن سكتا عنه عند العقد فهو له، وكذلك إن سكتا عند العقد، وتشاحا عند الزراعة.

وفى الكتاب: إذا كان البياض يسيرًا[3] سوقى بالجزء، وإلا اكترى بالذهب، أو الورق، وكان بياض خيبر يسيرًا.

قال ابن يونس: قال مالك: إلغاء البياض له أحل.

قال محمد: إن شرطته لنفسك امتنع؛ لأنها إجارة مجهولة الأجرة، فإن ادعيت قبل العمل اشتراطه لنفسك:

قال ابن حبيب: تحالفتما وتفاسختما؛ كدعوى نزع رقيق الحائط على القول بلزوم المساقاة باللفظ.

وقال مالك: إن زرعه بغير شرط ولم تنكر عليه، فعليه كراء الأرض.

وقال ابن عبدوس: إنما يراعى كونه تبعًا لثمرة جميع الحائط، إن اشترطتما: أن ما ينبت فيه بينكما، فأما إن ألغى له، فإنما يراعى ما هو تبع بحصته خاصة.

وعن مالك: إن أجيحت الثمرة وقد زرع العامل البياض، فله كراؤه، ولو عجز الداخل عن الأصل عليه كراء المثل.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى أ.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: كثيرًا.

قال ابن حبيب: إذا شرطت العمل، والبذر عليه، وما ينبت لك - فله مساقاة مثله، وما ينبت له؛ لقوة سببه بالبذر والعمل.

وإن شرطت البذر من عندك، والعمل عليه على أن ما ينبت لك - فمساقاة المثل، وأجرة المثل فى عمل البياض، والزرع لك؛ لقوة سببك بالبذر.

قال: والأصل: أن يكون أجيرًا.

قال محمد: ولو شرطت البياض للعامل وعليك البذر، امتنع؛ لأنها زيادة له، وله أجرة المثل.

وقال أصبغ: مساقاة المثل.

وعن مالك: إذا كان الشجر تبعًا للأرض، والزرع تبعًا للشجر - أنه بخلاف البياض وكراء الأرض، ولا يلغى للعامل، ويمتنع إلا على مساقاة واحدة؛ كأصناف فى حائط.

وعن مالك: جواز إلغائه للعامل إن كان تبعًا؛ كمكترى الدار والأرض فيها نخل تبع شرط ثمرتها فهى له، ولا يكون بينكما.

فإن شرط ثلاثة أرباع البياض الذى هو تبع: منعه ابن القاسم، بل إما مساقاة واحدة بينكما أو يلغى للعامل.

وأجازه أصبغ؛ قياسًا على اشتراط الكل، ولا ينبغى أن يكون أكثره لك؛ كما أنه ليس لك اشتراطه كله.

قال اللخمى: متى كان أكثر من الثلث، امتنع إدخاله فى المساقاة، وجاز إبقاؤه لك.

وإن سكتما عنه عند العقد، صح، وهو لك، وإن كان الثلث فأقل جاز إدخاله فى المساقاة؛ لأن بياض خيبر كان تبعًا.

فإن سكتما عنه، قال مالك: هو لك، فإن زرعه بغير علمك فعليه كراء المثل.

وقال محمد: هو له؛ لأنها سنته - عليه السلام - فى خيبر.

وقال ابن حبيب: [بنى الزرع الفاسد على الشركة الفاسدة؛ على أحد القولين: أن الزرع لمن له البذر.

قال: وأرى][1] أن الزرع له إذا زرع على أن لا شركة لك، أو على أن يكون

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى أ.

الزرع لك.

قال: وإن بذر من عنده؛ لأنك [إنما][١] اشتريت منه البذر شراءً فاسدًا، وأمرته بجعله فى أرضك، وعليك مثل البذر وأجرة العمل، ويكون الزرع له.

وإن كان البذر من عندك، وزرعه لنفسه، فهو له وعليه مثل البذر وكراء الأرض؛ لأنه اشترى منك البذر شراء فاسدًا.

وفى الكتاب: يمتنع فى البياض التبع أن يشترط أول سنة للعامل ثم باقى السنين لك؛ لأنه غرر.

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: فإن نزل فله مساقاة مثله فى العام الأول على أن البياض له، ومساقاة المثل فيما بعد على أن البياض لك؛ فيكون فى [الأولى][٢] النصف - مثلًا - وفى الآخر الثلثان.

وعلى مذهب محمد: أجير فى السنين كلها.

وفى الجواهر: متى كان البياض أكثر من الثلث، امتنع دخوله فى المساقاة، وإلغاؤه له بل لك. أو أقل وسكتما عنه فله، عند مالك.

وقال ابن حبيب: بشرط ألا تزيد قيمته على ثلث نصيبه.

وظاهر قول مالك: ألا تزيد قيمته على ثلث الجميع.

وفى كتاب [ابن][٣] سحنون: أنه لك إذا سكتما عنه.

تمهيد: يحذر فى البياض من أمور:

أحدها: كراء الأرض بما تنبت.

وثانيها: اشتراط زيادة لك أوله؛ فإنه زيادة غرر فى المساقاة؛ لاحتمال ألا يحصل ما يقابل تلك الزيادة، أو يحصل لكن لا يعلم مقداره.

وثالثها: الشركة الفاسدة فى الزرع بأن تقابل الأرض، أو بعضها بالبذر أو بعضه، فإذا ألغى العامل وهو تبع سلم من هذا كله.

فائدة: وإنما سمى الخالى من الأرض بياضًا والمزروع سوادًا؛ لأن الأرض مشرقة بضوء الشمس بالنهار، وبنور الكواكب بالليل، فالأرض كلها بياض بسبب

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: الأول.
(٣) سقط فى أ.

ذلك، فإذا قام فيها قائم حجب عنك ما وراءه من الإشراق؛ فتصير جهته سوادًا، فسمى كل قائم سوادًا وما عداه بياضًا.

وكذلك تقول العرب: بينما نحن جلوس إذ طلع علينا سواد. فيسمون كل قائم فى الأرض سوادًا لما تقدم.

فرع: فى الكتاب: يجوز مساقاة ما لم يره من ثمر نخل أو شجر؛ قياسًا على الذى يظهر.

ومنعه (ش) ؛ قياسًا على بيع الغائب، ونحن نمنع حكم الأصل.

فرع: فى الكتاب: لا يأكل العامل من الثمر شيئًا؛ لأنه مشترك.

فرع: فى الكتاب: إذا أزهى بعض الحائط امتنعت مساقاته؛ لجواز بيعه حينئذ فلا ضرورة، وإذا عجز العامل وقد حل بيعها، لا يساقى غيره، ويستأجر من يعمل معه، فإن لم يوجد إلا بيع نصيبه فعل، فإن فضل شىء فله، وإن نقص ففى ذمته، إلا أن ترضى أنت بأخذه وتعفيه من العمل فذلك لك، ولمساقى الزرع والثمر مساقاة غيره فى مثل أمانته، فإن ساقى غير أمين ضمن.

قال ابن أبى سلمة: المساقاة بالنقدين كبيع ما لم يبد صلاحه، ولا يجوز أن يربح فى المساقاة إلا ثمرًا، مثل: أخذه على النصف، وإعطائه على الثلثين.

قال ابن يونس: إذا قلت: استأجر عليك لتمام العمل، وأبيع ما صار لك من الثمر، وأستوفى ما أديت، والفاضل له وعليه - فينبغى أن يكون لك ذلك؛ لأن العمل كان لازما. ولو قلت له: خذ ما أنفقت واخرج، امتنع، وإن رضى؛ كأنه باع نصيبه من الثمرة قبل بدو صلاحه.

وإذا اجتمعتما على بيع الزرع أو الثمر قبل طيبه وزهوه ممن يحصده، أو يجده - جوزه ابن القاسم.

وإذا أخذ على النصف، وأعطى على الثلثين فعلمت بذلك؛ فأنت أحق بنصف الثمرة، ويرجع الثانى على الأول بما بقى له، قاله مالك.

وتجوز له مساقاتك بأقل مما أخذ إذا لم تطب الثمرة؛ كالأجنبى، ويمتنع بمكيلة مسماة، وبثمرة نخلة معروفة؛ كأصل المساقاة، وبأكثر مما أخذ منك؛ لأنه يحتاج [أن] يعطيك من حائط آخر.

قال ابن يونس: وقد [أجاز][1] الدفع بالأكثر للأجنبى مع أنه يعطى من حائط آخر، فيجوز ههنا، ولا فرق بينهما.

ويحتمل أن يريد: أنك تعلم أنه يعطيك من حائط آخر بخلاف الأجنبى، فلو كان عالمًا امتنع فيهما، وإذا رجع الأجنبى عليه بعد أخذك بفاضل ماله وهو الربع - مثلًا- رجع بربع قيمة إجارته.

وعن ابن القاسم: يجوز لك أن تقول له: اخرج من الحائط ولك ربع الثمرة إذا طابت، ويجوز إعطاؤك قبل الطيب جزءا شائعًا بخلاف كيل معين[2]؛ لأنها قد تعطب بالجوائح، فهو غرر، بخلاف الجزء.

وعن مالك: إن لم يعمل جاز إعطاؤه جزءًا شائعًا، ويمتنع بعد العمل؛ لأنك أعطيته فيما تقدم من عمله من الثمرة ما جعلت له منها، وهو مجهول؛ فكأنك أعطيته الجزء المجهول عن أشهر مضت، وهى معلومة، فهى إجارة بأجرة مجهولة.

قال ابن حبيب: إذا ترك ودفع لك جعلًا من غير ما ساقى عليه قبل الجداد، أو بعده، رددت الجعل، ورجع لمساقاته، وعليه لك أجر العمل بعد الرد، ولو كانا اثنين فسلم أحدهما لصاحبه بجزئه من الثمرة، جاز، وكذلك المالكان؛ لأنها مساقاة، فلو كانا حائطين لعاملين أو مالكين، امتنع إخراج أحدهما للآخر بجزء من ثمر أحد الحائطين؛ للغرر، ويجوز بجزء منهما.

وإذا بعت الحائط، امتنع إخراج المشترى بشىء تعطيه له، كما يمتنع منك؛ لأنه انتقل إليه بالعقد ما كان لك.

قال ابن القاسم: يجوز البيع بعد المساقاة، كما يجوز بعد الإجارة.

قال محمد: إن أبرت الثمرة أو طابت، جاز، علم المبتاع أم لا، وإلا امتنع، علم أم لا؛ لامتناع استيفائك شيئًا من الثمرة قبل التأبير.

قال اللخمى: تجوز مساقاة النخل الكبير البالغ حد الإطعام، عجز عنه صاحبه أم لا، كانت فيه ثمرة أم لا، السنة والسنتين، وتمتنع فى الذى لم يطعم، والكثير الذى فيه ثمر قد بدا صلاحه، على اختلاف فيه، وتمتنع فى عقد ما بدا صلاحه، وما لم يبد.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: «كيلًا معينًا».

فهذه أربعة أقسام: يجوز منها الأول دون الثلاثة.

وإذا أزهى بعض الحائط، وليس بباكور وهو جنس واحد، جاز بيع جميعه، وتمتنع مساقاته على قوله فى الكتاب[1].

وعنه: جواز مساقاة حائط بثمر من حائط آخر، على أن لك جزءًا من الثمرة، وكان ذلك بعد طيب الثمرة التى يعطى منها، وكان السقى معروفًا بمنزلة الأجرة، وهى إجارة، وإذا كان الذى طاب باكورًا بعيد اللحوق، وساقيته على جميع الحائط، ويأخذ الجزء مما طاب خاصة - جاز وهو إجارة؛ كإعطائك حائطين طاب أحدهما على أن يأخذ مما طاب، وتمتنع مساقاتهما، وتأخذ مما لم يطب أو منهما؛ لأنهما مساقاة، لا إجارة.

وإن كان يسقى ما طاب وحده [ويأخذه منه جاز على أحد القولين لمالك، أو يسقى ما لم يطب منه جاز اتفاقًا، أو يسقى الجميع ويأخذ][2] مما لم يطب وهو الأكثر، والذى طاب يسير مختلط بما لم يطب.

فهذه ستة أحوال لطيب بعض الحائط.

وعن مالك: تجوز مساقاة نخلك معها رمان طاب يضيق بالنخل ليشرب معها، وهو لك، ويحمل قوله فى جواز مساقاته ما قد طاب:

إذا لم يكن فى الحائط رقيق ولا دواب، أو كانوا وشرط طعامهم عليك، وإن شرط عليه فسد؛ لأنه طعام بطعام مستأخر.

وعلى قوله فى مساقاة ما صلح: إنها إجارة، تكون الجائحة قبل اليبس منك، ويرجع بقيمة إجارته فى جميع الثمرة؛ لأنه إنما يسقيها بماء البائع، وعمله فى ذلك تبع.

وإذا مات قبل تمام العمل موسرًا استؤجر عليه من ماله حتى يكمل الغرض، رضى الوارث أم لا؛ لأن العمل مضمون فى ذمته.

فإن لم يخلف مالًا، وعجز الوارث عن القيام - سلم الحائط لك ولا شىء للوارث، قاله مالك وابن القاسم؛ لشبه المساقاة بالجعالة.

---

(١) فى أ: قول الكتاب.
(٢) سقط فى أ.

قال: والقياس: أن يكون له إذا عجز، ولوارثه: ما[1] انتفعت به من العمل، إذا تممت العمل، وسلمت الثمرة؛ قياسًا على قوله فى حافر البئر، إذا تركه فى الجعالة، فأجرت غيره: إن للأول بقدر ما انتفعت به، وله أن يساقيك على مثل الجزء، فإن استفضل شيئًا ولم يعمل جاز، فإن عمل فظاهر المدونة: الجواز.

ومنعه فى العتبية؛ للتهمة أن يكون عمل على أن يسقى شهرا، ثم يعيده قبل الطيب، ويأخذ جزءًا بعد الطيب.

وإذا انقضى العام الأول جازت الإقالة إذا لم يعمل فى الثانى شيئًا، فإن عمل، وتقايلتما، فعلى قوله فى «العتبية»: لا تجوز الإقالة إلا قبل العمل، وموافقة الجزء، وإذا تبين أنه خائن أو سارق، سرح فى المساقاة أو إجارة الدار.

قال ابن القاسم: لا يخرجان ويتحفظ منهما.

قال: وفيه نظر؛ بل ذلك عيب فيهما ويعجز عن تحفظهما.

قال: وأرى: أن تكرى الدار وتساقى عليه بالعين أو تساقيه، الخيار لك.

فرع: فى الجواهر: المساقاة الفاسدة إذا أدركت قبل الشروع، فسخت، أو بعد الفراغ ففى الواجب أربعة أقوال:

أجرة المثل.

مساقاة المثل [مطلقًا][2]، ما لم يكن أكثر من المشترط إن كان الشرط للمساقى.

أو الأقل إن كان الشرط للمساقى.

التفصيل لابن القاسم: أجرة المثل: إن خرجا إلى الإجارة الفاسدة، أو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها؛ كاشتراط أحدهما زيادة من عين أو عرض أو غيرهما، فالمالك مستأجر بأجرة فاسدة، والعامل مشتر للثمرة بما زاده، وإلا فمساقاة المثل إذا لم يخرجا عن حكمها بل عقداها على الغرر: كحائط على النصف، وآخر على الثلث، أو اشترط من العمل ما لا يلزم مما يبقى مؤبدًا.

قال الشيخ أبو الوليد: الذى وجد فيه لابن القاسم مساقاة المثل أربع مسائل: اثنتان فى المدونة: إذا ساقاه، وفى الحائط ثمر أطعم، أو اشترط المساقى [أن

(١) فى ط: ما بقدر.
(٢) سقط فى أ.

يعمل][1] معه. واثنتان فى العتبية، اجتماعها مع البيع فى عقد واحد، والمساقاة سنة على النصف، وسنة على الثلث.

الحال الثالثة: أن يعثر عليها فى أثناء العمل؛ فيفسخ [ما كان][2] الواجب فيه أجرة المثل إذا انتهى على ما تقدم من تفصيل ابن القاسم، وله أجرة مثله فيما عمل إلى حين العثور، ولا يفسخ ما الواجب فيه مساقاة المثل بل يمضى، وله مساقاة مثله، ولو كانت أعوامًا وبقى بعضها بعد العثور بنى على مساقاته فيها بمساقاة المثل.

فهذه ثلاث حالات للمساقاة الفاسدة.

قال ابن يونس: المساقاة الفاسدة يجرى فيها الخلاف الذى فى القراض: هل له مساقاة مثله مطلقًا، أو أجرة المثل مطلقًا أو التفرقة لابن القاسم: إن كان الفساد لزيادة يختص بها أحدهما فأجرة المثل، أو شىء يرجع إلى المال فمساقاة المثل؟

قال اللخمى: وجبت له أجرة المثل لا يمكن من التمادى، وجبت له مساقاة المثل يمكن؛ لتعلقه بعين الثمرة. فلو أخرج قبل التمام ذهب عمله باطلًا، وأجرة المثل أحد النقدين متعلقة بالذمة، وأرى: حيث له مساقاة مثله فزادت على المسمى: أن يرد إلى إجارة المثل؛ لئلا يباع عليك من حائطك ما لم تبعه، ومضىّ العامل على المسمى ظلم إلا أن يرضى به أو ترضى به أنت، أو يكون الزائد يسيرًا.

نظائر: قال ابن بشير فى نظائره: يرد العامل إلى أجرة المثل، إلا فى خمس مسائل، فله مساقاة المثل: إذا ساقاه على حائط فيه ثمر قد أطعم.

وإذا شرط العمل معه.

واجتماعها مع البيع.

ومساقى سنتين على جزءين مختلفين، ويلزم عليه حائطان على جزءين مختلفين.

وإذا اختلفا وأتيا بما لا يشبه فحلفا على دعواهما أو نكلا.

وقد نظمها بعضهم قال:

وأجرة مثل فى المساقاة عينت	سوى خمسة إن خالف الشرع حكمها
مساقاته إبان بدو صلاحه	وجزءان فى عامين. شرط يعمها
وإن شرط الساقى على مالك له	مساعدة، والبيع معها يضمها

(١) فى ط: العمل.
(٢) فى ط: و.

وإن حلفا فى الخلف من غير شبهة أو اجتنبا الأيمان والحزم ذمها

تمهيد: المستثنيات من العقود لنوع من الضرر إذا فسدت، فقيل: ترد إلى أصل نفسها؛ قياسًا على البيع إذا فسد، وجب ثمن المثل.

وقيل: إلى أصل أصلها، فأصل المساقاة الفاسدة والقراض الفاسد: الإجارة، فيردان إليها؛ لأن الشرع إنما يستثنى من القواعد ما هو على وفق نظامه، أو ما هو مشتمل على الفساد، فلا يرجع إلى الأصل الأول؛ لأنه الأصل والاستثناء على خلاف الأصل.

وبه يظهر الفرق بينهما وبين البيع الفاسد؛ لأن البيع الفاسد ليس له أصل آخر يرجع إليه، ويرجع إلى أصلهما؛ فتجب أجرة المثل.

وإن لم تقو أسباب الفساد، اعتبرت الحقيقة، ووجبت مساقاة المثل، ثم يبقى النظر بعد ذلك فى أى الأسباب أقوى فسادًا، أو أخف، أو يقال: رضى بالمشترط فلا يزاد عليه، أو رضيت به فلا تنقص منه، فهذا هو مدار مدارك الخلاف بين العلماء.

فرع: فى الكتاب: إذا طابت ثمرة النخل، امتنعت مساقاته هذه السنة وسنين بعدها، تجمع الصفقة حلالًا وحرامًا.

وإن جد التمرة، له أجرته وما أنفق فيها؛ لفساد العقد فإن عمل بعد جداد الثمرة، لم يفسخ بقية المساقاة، وله مساقاة مثله؛ لأن الثمرة قد تقل فى العام الثانى، وتكثر فى الثالث فيظلم بالفسخ؛ كالقراض بالعروض: إن أدرك قبل العمل وبعد بيعه، فسخ، أو بعد العمل فله قراض مثله وأجرة البيع.

فرع: قال: يمتنع إعطاؤه أرضًا، فغرسها شجر كذا، ويقوم عليها حتى تصير شجرًا، فتصير مساقاة سنين سماها؛ لأنه غرر، ويفسخ ما لم يثمر الشجر، فيعمل بعد بأجرة المثل.

فرع: قال: يجوز حائطان على جزء واحد؛ لأن خيبر كانت كذلك، ويمتنع أحدهما على النصف والآخر على الثلث؛ لاحتمال عدم إثمار أحدهما فيحصل الغرر، ويمتنع أن يكونا على النصف سنة ثم يرد أحدهما فى العام الثانى ويعمل فى الآخر؛ لأنه غرر.

قال ابن يونس: يريد: كان الذى يرده بعينه، أو بغيره.

قال ابن حبيب: فإن نزل فمساقاة مثله أول سنة فى الحائطين، ومساقاة مثله فى الحائط الذى يبقى بيده فى السنين الآخرة.

قال اللخمى: المساقاة السنين: إن أريد انقضاؤها بانقضاء الثمرة فى السنة تلك السنين، جاز، أو التمادى إلى آخر شهور تلك السنة - وإن جدت الثمرة - امتنع؛ لتوقع عمل فى غير ثمرة، فهو غرر وله مساقاة مثله إلى الجداد، ثم أجرة المثل من الجداد إلى آخر ذلك العام؛ لأن التى تطيب بعد انقضاء المدة لم يبعها منه.

وعن مالك: إذا ساقاه من صفر إلى صفر السنة الثانية، إن وافى الأجل قبل أن تطيب الثمرة، ثم تخرج من يده حتى يستكمل المساقاة ويجدها، ومراده إذا كان قريبًا ومراده: أن الثمرة تطيب فى تلك المدة فيكونان قد قصدا بيع الثمرة وإلا لم يصح.

فرع: وفى الكتاب: المساقاة إلى الجداد، وتمتنع إلى سنة أو شهر، فإن أطعمت فى السنة مرتين، فالجداد الأول حتى يشترط الثانى، وتجوز مساقاة سنين[1] ما لم تكثر جدًا وليس لأحدهما المشاركة حتى تنقضى المدة؛ لأن المساقاة عقد لازم، إلا أن يتتاركا بغير شيء يأخذه أحدهما من الآخر، وليس كبيع ثمر لم يبد صلاحه؛ لأن للعامل أن يساقى غيره.

قال اللخمى: إذا ساقاه بعد المغارسة المتقدمة فى الفرع المتقدم قبل هذا، والغرس من عندك - فهو أجير فيما عمله قبل الإطعام، ويخرج متى عثر عليه، ما لم يبلغ الإطعام، فيبقى فى يديه على مساقاة المثل بقية ذلك الأجل.

وقيل: الأقل من المسمى أو مساقاة المثل.

فإن كان الغرس من عنده وفات بالعمل:

قيل[2]: فوت، وله قيمته وقت وضعه؛ لأنه وقت الإتلاف، وقيمة خدمته إلى وقت الخروج، ما لم يبلغ الإطعام فيمضى على مساقاة المثل.

وقيل: ليس فوتًا؛ لأنه باعه بيعًا فاسدًا على أن تبقى يده عليه ينتفع بثمرته بعد

---

(١) فى ط: السنين.

(٢) فى ط: قبل.

الطيب؛ فهو تحجير من البائع، والغرس للبائع، وعليه قيمة ما أصلحت الأرض، وتنميته فيه، وله قيمته يوم يخرج عن الأرض قائمًا؛ لأنه غرسه بإذنك.

وقيل: مقلوعًا؛ لفساد الإذن شرعًا.

فرع: قال اللخمى: يزكى الحائط على ملك ربه إن كان خمسة أوسق، وإن لم ينبه[1] إلا وسقين؛ لأن الباقى أجرة عليه، ويزكى العامل، وإن كان عبدًا أو كافرًا.

فإن كان رب الحائط كذلك لم يزك العامل؛ لأن نصيبه يطيب على ملك رب الحائط، ولهذا يسقط العمل بالجائحة، قاله مالك.

وعنه: لا يسقط، وعلى هذا يطيب على ملك العامل، وأن يسقيها من الآن لنفسه، ويكون شريكًا فيها، ولا تجب الزكاة إلا على من فى نصيبه نصاب، فإن أصاب أربعة أوسق، ولكل واحد نخل إذا أضافها لثمر المساقاة - كمل النصاب ووجبت الزكاة.

ويجوز اشتراط الزكاة عليه واشتراطها عليك، وعلى الأول وإن كانت أربعة أوسق، هل يقتسمان على عشرة أجزاء: ستة لك، وأربعة له، أو على تسعة أجزاء على ما كنتما لو أخرجت الزكاة، أو نصفين لعدم النصاب؟ ثلاثة أقوال.

فرع: فى الكتاب: يمتنع اشتراط سقى النخل بمائة وتصرف ماءك حيث شئت؛ كاشتراطك زيادة دينار.

فرع: قال: إذا اجتمعا على البيع قبل الطيب، أو الزهو لمن يحصد أو يجد، جاز؛ كالشركاء.

فرع: قال: تمتنع الإقالة على شىء يعطيك إياه، شرع فى العمل أم لا؛ لأنه إن أثمرت النخل فهو بيع الثمرة قبل الطيب، وإلا فأكل المال بالباطل.

فرع: قال: إذا اختلفتما، صدق فيما يشبه، ويصدق مدعى الصحة؛ لأنها أصل تصرفات المسلمين.

قال ابن يونس: قوله: «فيما يشبه»، يريد: بعد العمل، وإلا تحالفتما وتفاسختما على القول بلزومها بالعقد.

وإذا قلت: ساقيتك بغير دواب ولا رقيق:

---

(١) فى ط: ينته.

قال ابن القاسم: تحالفا وتفاسخا:

قال: وفيه نظر؛ لأنك ادعيت عدم كراء الدواب، فينبغي أن تصدق؛ كالإجارات، والبيوع.

وإذا قلت: بعد الفراغ لم يعط ثمرًا، صدق، قاله مالك؛ لأن حقك في الثمر لا في حصته، والعادة: عدم الإشهاد على الدفع.

قال اللخمي: إذا اختلفتما في الجزء قبل العمل وأتيتما بما يشبه، تحالفتما وتفاسختما، أو بعد العمل، صدق مع يمينه؛ إذا أتى بما يشبه، فإن أتيت بما يشبه وأتى بما لا يشبه، صدقت مع يمينك، فإن نكلتما أو أتيتما بما يشبه، فمساقاة المثل، فإن أتى أحدكما قبل العمل بما يشبه دون الآخر، يختلف هل القول قوله مع يمينه وتثبت المساقاة، أو تتحالفان وتتفاسخان؟ قولان، ويصدق مدعي الصحة، قبل العمل وبعده.

فإن شرطت مكيلة والباقي بيننا، وقلت: نصفان من غير تبدئة، فقد اعترفت له بالأكثر؛ فيصدق مدعي الحلال، قبل العمل وبعده، ويحلف قبل العمل.

أما بعد العمل: فإن كانت مساقاة مثله النصف فلا يمين، أو أكثر حلف مدعي الصحة، فإن نكل حلف العامل، وأخذ الفضل.

وإن قلت: نصفين، وقال: بل أبدأ بمكيلة - فهو كالاختلاف في الثمن، يحلف مدعي الفساد مع القيام وحده، وتفسخ المساقاة.

وإذا قلت: لي نصف كذا، ولك نصف كذا، وقال: بل الجميع نصفان، صدقت مع يمينك، وإن ادعيت الفساد؛ لأنك لم تقر ببيع شيء من ذلك النصف.

قاعدة: [قال][1] - عليه السلام -: «لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنِ الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[2] فليس كل طالب مدعيًا، ولا كل مطلوب مدعى عليه، بل من كان قوله على خلاف أصل، أو ظاهر، فهو المدعي الذي عليه البينة، كان الظاهر عادة، أو قرينة حالية، أو مقالية.

وكل من كان قوله على موافقة أصل أو ظاهر، فهو المدعى عليه، ويصدق مع يمينه؛ كالطالب من غيره دينا، فهو مدع؛ لأن الأصل براءة الذمة؛ لأن الإنسان ولد

(١) سقط في أ.
(٢) تقدم.

بريئًا من حق، وكمدعى [ردًا لوديعة][1] بغير بينة، وقد قبضها ببينة؛ فإن الظاهر: أنه لا يرد إلا ببينة، فهو مطلوب وعليه البينة، وكذلك الوصى يدعى إنفاق مال اليتيم فى مدة لا ينفق فيها مثله، وهو مطلوب، وعليه البينة، والطالب منه مدعى عليه.

ونظائره كثيرة، فعلى هذه القاعدة تتخرج فروع الدعاوى فى المساقاة، وغيرها.

وبعبارة أخرى المدعى عليه: هو أرجحهما سببًا، والمدعى: هو المرجوح السبب.

فرع: فى الكتاب: إذا وكلته فى دفع نخل مساقاة، فقال: دفعتها لزيد، وصدقه، وكذبته أنت، صدق؛ لأنه أمين؛ كالوكيل على البيع، بخلاف الرسول لدفع المال يكذبه المبعوث إليه، يغرم.

فرع: قال اللخمى: له إعراء نصيبه من المساقاة أو جزء منه: نصفه، أو أكثر، أو أقل من نخلة أو نخل معينة، فإذا أعرى جميع نخله أو نخلة منها، جاز نصيبه منها؛ كالشريك، وليس للمعرى جميع نصيب العامل من المساقاة فى هذه النخلة؛ لأنه خلاف عقد المساقاة، وكذلك لو أعريت أنت.

فرع: قال: تجوز مساقاة البعل من الشجر الذى على غير الماء؛ لحاجته للعمل. وكذلك الزرع إن استغنى عن السقى واحتاج للمؤنة، وإن لم يبق إلا حفظه وحصاده وتصفيته، امتنع؛ لأن هذه مؤنة بعد مدة المساقاة، وهى إجارة فاسدة، وليس زرع البعل كشجر البعل، وإنما يجوز فى زرع البعل عند الضرورة، والخوف عليه.

قال ابن يونس: تمتنع[2] مساقاة الزرع، إلا أن يعجز عنه، وإن كان له ما يسقى؛ لأنه قد يعجز عن الدواب والأجراء، وتمتنع قبل استقلاله من الأرض؛ لفرط الجهالة، وتمتنع بعد جواز بيعه؛ لعدم الضرورة. فإن ساقاه قبل استقلاله من الأرض:

قال ابن حبيب: له أجرة مثله.

وإن طلع ولم يعجز عنه، امتنع أيضًا؛ لعدم الضرورة، والسنة إنما وردت فى زرع تبع للنخل والشجر بخيبر.

---

(١) فى ط: الوديعة.
(٢) فى ط: ليس تمتنع.

قال ابن نافع: وتجوز فى البطيخ، والجزر، والأصول المغيبة، عجز عنها أم لا.

وفى الكتاب: تجوز فى الورد، والياسمين، والقطن.

قال محمد: وإن لم يعجز عنه؛ لعدم ثبوت أصله كالزرع.

وجوزها ابن القاسم: فى البصل وقصب السكر، إذا عجز عنه؛ لأنه ثمرة واحدة، ويشترط فى ذلك كله ألا يصل إلى حد جواز البيع.

ومنع مالك: مساقاة القصب؛ لأنه يسقى بعد جواز بيعه، وكذلك القرط، والبقل الذى يجز ويخلف، والموز وإن عجز عنه؛ لأن ذلك كله يجنى بطنًا بعد بطن، وليس بشجر فى أصله.

تمهيد: قال: وأصل قولهم: أن كل ما يجز أصله ويخلف يمتنع، وكل ما تجز ثمرته ولا يخلف يجوز، كان أصله ثابتًا أم لا.

أو تقول: كل أصل ثابت تجنى ثمرته يجوز، ما لم يجز[(١)] بيع ثمرته، وكل أصل غير ثابت ويجز مع ثمرته: كالزرع، والبصل واللفت، والجزر، والمقاثى يمتنع، إلا أن يعجز عنه، ويظهر من الأرض، وكل ما يجز أصله ويخلف: كالبقل، والكراث، والقصب، والموز يمتنع مطلقًا.

واختلف فى الريحان، والقصب الحلو:

بالمنع؛ لأنه يجز ويخلف؛ كالبقل.

والجواز؛ للحاجة للمساقاة فى الجزة الأولى دون الخلفة؛ لأنها كما لم يظهر من الأرض.

وقيل: القياس جواز الخلفة معه؛ لأنها تبع فتجوز، كبيعها مع الأصل تبعًا.

وجوزها أحمد فى كل شجر مثمر.

وخصه[(٢)] (ش) بالنخل والكرم الصغيرين؛ لوجوب الزكاة فى ثمرها. قال: وما لا زكاة فيه كما لا ثمرة له.

واتفق الإمامان على المنع فى الصفصاف، والجوز، وكل ما لا ثمر له، أو له ثمر غير مقصود: كالصنوبر، والأرز؛ لأنه ليس منصوصًا، ولا فى معنى المنصوص. ولأنها إنما تكون بجزء الثمر، ولا ثمر فلا تجوز.

(١) فى ط: يجن.
(٢) فى ط: خصصه.

لنا: فى جملة صور الخلاف عموم قوله شطر ما يخرج منها من ثمر، أو زرع؛ نظرا لوجود الحاجة فى جملة تلك الصور، فيجوز؛ قياسًا على مورد النص.

فرع: قال ابن يونس: إن ساقى نخلًا فيها موز - الثلث فأقل - جاز تبعًا، إن دخل فى المساقاة، وإن اشترطها أحدكما، امتنع؛ لعدم التبعية.

قال اللخمى: فى الزرع والقطانى ونحوهما أربعة أقوال:

الجواز فى المدونة بثلاثة شروط:

الظهور من الأرض.

والعجز عنه.

وعدم بدو الصلاح.

وعنه: الكراهة.

والجواز لابن نافع من غير شرط؛ قياسًا على الشجر.

وقال ابن عبدوس: القياس: المنع مطلقًا؛ نفيًا للغرر.

قال: وأرى: الجواز إذا عجز عنه قبل البروز من الأرض، بل أولى؛ لأن البارز ينتفع به.

ولمالك: المنع فى المرسين؛ لأنه وإن كان شجرًا فالمأخوذ ورقه، فهو بمنزلة ما يجز.

وعنه: الجواز؛ قياسًا على غيره من الشجر.

وعلى الجواز: له اشتراط الخلفة على القول بجواز بيعها مع الأصل.

وأما مساقاة قصب السكر، ونحوه مما يجز ويخلف: إن كان أول بطن ولم يبد صلاحه، جرى على الخلاف المتقدم فى الزرع، فإن بدا صلاحه، امتنع، وهو الذى تكلم عليه فى المدونة.

وعلى قوله فى كتاب محمد: يجوز فى الرأس وحدها، وتكون إجارة، باع نصفها بعمله، ويمتنع ضم ما لم يبد صلاحه مع ما بدا، وقياسًا على قوله إنها إجارة جواز ذلك.

فرع: فى الكتاب: تجوز مساقاة الشجرة، والنخلة الواحدة، كالقراض بالمال القليل.

فرع: قال: إذا فلست لم تفسخ المساقاة، عمل أم لا، ويبيعه الغرماء على أن هذا مساقيه؛ لتعلق حق العامل قبل الغرماء.

قال ابن يونس: منع غيره بيع الغرماء له، وتوقف حتى يرضى العامل بتركه؛ لأنه بيع له باستثناء ثمرة العامل.

وقال سحنون: إنما يجوز بيعه إذا كانت المساقاة سنة؛ لجواز بيع الربع، والحوائط على أن يقبضها بعد سنة، والأجير بدراهم على السقى أحق بالثمرة فى الفلس؛ لأنه كالبائع لما تولد عن منافعه والأرض قائمة له فهو [كقبضك][1] لسلعته فى البيع، وهو فى الموت أسوة الغرماء.

فرع: قال ابن يونس: تمتنع مساقاة وبيع، أو إجارة فى عقد؛ لتنافى أحكامهما فى اختصاص الغرماء، وعدم اختصاصهم، وغير ذلك.

وإذا كان فى الحائط بياض تبع، امتنع كراؤه، ومساقاة الحائط، وإذا كان فى الأرض المكتراة سواد تبع، امتنعت مساقاته وكراء الأرض وحدها.

فرع: قال اللخمى: مساقاة أنواع الثمار المختلفة فى عقد ثلاثة أقسام:

تجوز إن كانت حائطًا واحدًا مختلطة[2]؛ لأنها فى حكم النوع الواحد، وكذلك فى حوائط إذا كانت مساقاة كل واحد إذا انفرد مثل مساقاة الآخر.

وإن كانت تختلف وساقى على جزء واحد، جاز عند مالك دون ابن القاسم.

فإن كانت فى حائط واحد غير مختلطة[3] يسيرة – ولا يساقى النصف الواحد لقلته – فهو كالمختلط أو كثيرة فكالحوائط.

فرع: قال: تجوز مساقاة ذوات الأصول كالنخل، مع غير ذى أصل؛ كالقطانى، إذا كان كل صنف ناحية عن الآخر، وكانت المساقاة على ما يجوز، أو كانا [عقدين فتجوز][4] فى ذات الأصل وإن لم يثمر، ولم يعجز عنه، وفى غير ذى الأصل إذا برز وعجز عنه بالشروط المتقدمة، والخلاف المتقدم، وعن ابن القاسم: الجواز فى المختلطين؛ إذا كانا متساويين فى المساقاة لو أفردا على جزء واحد، وكل واحد

(١) فى ط: أحق بما.
(٢) فى ط: مختلفة.
(٣) فى ط: مختلفة.
(٤) فى ط: نقدين فيجوز.

مقصود في نفسه متناصفًا، أو قريبًا من النصف، أو الزرع الأكثر، أو النخل الأقل، جاز؛ كالمنفرد، وإن كان الزرع الثلث فأقل، جازت المساقاة فيه، وإن لم يظهر من الأرض ولم يكن يعجز عنه، لم يكن داخلًا في المساقاة، وعلى مثل النخل - على قول مالك - لا يجوز إلغاؤه لأحدهما، ولا أن يكون جزؤه مخالفًا للنخل.

وعن مالك: القليل، كالثمرة في الدار المكتراة، ويجعله[1] للعامل خاصة، ويمتنع أن يكون بينهما مطلقًا، فإن كان النخل في الأكثر فالزرع للعامل، أو الزرع الأكثر، والنخل الثلث فأدنى؛ فثمرته للعامل، وهذا خلاف المشهور عنه.

فرع: قال: قال مالك: عليه بعد الجداد وبقاء نخلات يسيرة سقي الحائط؛ لأنه بقية المدة والأصول، وإذا كانت متأخرة الطيب فكذلك، وكذلك الأنواع المختلفة، إذا بقي بعضها.

وقال عبد الملك: إذا كان المتأخر نخلات متأخرة الطيب، فسقي الحائط عليك، وقد برئ من الحائط؛ لحصول[2] الطيب الغالب، ويوفي نصيبه من المتأخر الطيب: فإن كان المتأخر الطيب الأكثر سقاه كله؛ تغليبًا للأكثر، أو متناصفًا سقي المتأخر وحده، وسقيت الباقي، والثمار المختلفة كمتأخر[3] الطيب مع متقدمه.

وقال مطرف: إذا جنى صنفًا، انقضى حكمه، قل أو كثر.

فرع: في المنتقى: إذا غارت عين المساقاة قبل العمل، فلا شيء عليك فيما أنفق العامل، إلا ما للمتعدي من النقص فله حصته من الثمرة.

وقال عبد الملك: يتأخر قدر ما لك من الثمرة بعد طرح المؤنة إلى وقت البيع، وتكلف تعجيل ذلك وإنفاقه.

فإن عدمت، قيل للعامل: أنفق ذلك القدر، وتكون حصته من الثمرة رهنًا بيدك، وإلا سلم الحائط ولا شيء عليه.

فرع: قال: قال مالك: إذا كانت النفقة كلها عليك والمؤنة وهو يعمل بيده بجزء الثمرة، امتنع؛ لأنه في التحقيق: اشتراط جزء العمل عليك فيمتنع؛ كالقراض.

---

(١) في ط: جعله.
(٢) في ط: بحصول.
(٣) في ط: لمتأخر.

فرع: قال: قال مالك: إذا ساقيته بعد شهر فإن اتبعته بما يبقى، امتنع؛ لأنه اشتراط زيادة عليه، وإن ألغيته صح.

فرع: قال: قال مالك: إذا ساقيته على أن الثمرة كلها له، جاز، كربح القراض، إلا أن تساقيه قبل ذلك بأشهر؛ لأنه بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

قال: فإن ألغى جاز عندى.

* * *

كتاب المزارعة

وفيه مقدمة، وبابان، المقدمة: فى لفظها:

وهى مأخوذة من الزرع، وهى علاج ما تنبته الأرض؛ لقوله - تعالى -: ﴿أَفَرَءَيْتُم مَّا تَحْرُثُونَ ءَأَنتُمْ تَزْرَعُونَهُۥٓ أَمْ نَحْنُ ٱلزَّٰرِعُونَ﴾ [الواقعة: ٦٣، ٦٤] وصيغة المفاعلة شأنها ألا تكون إلا من اثنين، بفعل كل واحد منهما لصاحبه مثل ما يفعله الآخر به؛ نحو: المضاربة، والمناظرة، ومقتضاها هنا: أن كل واحد منهما يزرع لصاحبه، وليس الأمر كذلك، فيشكل ما تشكل المساقاة.

ويجاب ههنا بما أجيب ثم، ويراجع من هناك.

* * *

الباب الأول

فى أركانها

وهى ثلاثة: الركن الأول والثانى: المتعاقدان.

وشرطهما: أهلية الشركة؛ لأنها شركة.

الركن الثالث: المنفعة.

ولها شرطان: الشرط الأول: سلامتها عن مقابلة الأرض أو بعضها بما يمتنع كراء الأرض به؛ لنهيه عليه السلام عن المخابرة.

وفى الجواهر: البذر من عند أحدهما، والأرض من عند الآخر، وما عداهما بينهما. أو من عند أحدهما - امتنع؛ لمقابلة الأرض بالبذر. أو الأرض بينهما بكراء أو ملك، جاز البذر من عند أحدهما، أو من عندهما، إذا كان مقابلة من العمل، والبقر مساوية، أو البذر من عندهما، والأرض من عند أحدهما، جاز، إن ساواه ما يقابله من العمل؛ لأن الأرض مقابلة بالعمل دون البذر، فمتى كان البذر أو جزء منه قبالة الأرض، أو جزءًا امتنع، فإن أخرج أحدهما الأرض وثلثى الزريعة، والآخر ثلثها، والعمل والزرع بينهما نصفان، أو الثلث والثلثان - جاز؛ لأن الأرض وفاضل الزريعة مقابلة بالعمل. فإن أخرج العامل ثلثى الزريعة، وصاحب الأرض ثلثها، على أن الزرع نصفان، امتنع؛ لأن فاضل الزريعة للأرض، فإن أخرج أحدهما ثلثى الأرض وثلث البذر، والآخر ثلث الأرض، وثلثى البذر، والعمل، والزرع نصفان امتنع؛ لمقابلة الأرض بسدس البذر.

فرع: فى الجواهر: قال سحنون: إنما يشترط من العمل على أحدهما الحرث فقط، دون الحصاد والدراس؛ لأنه لا يدرى هل يتم أم لا؟ ولا كيف يكون حاله فى تمامه: يحتاج إلى عمل كثير أم لا؟

قال التونسى: هو الصواب، ولابن القاسم فى الحصاد والدراس خلاف.

فرع: فى النوادر: قال سحنون: إن تعادلا فى البذر، والعمل، والأرض لأحدهما، أعطاه الآخر نصف كرائها عينًا أو عرضًا جاز، وإن لم يكن لمثلها جاز إلغاؤها، [ولو تعادلا][1] فى العمل والأرض، وباع أحدهما للآخر نصف البذر بثمن

(١) فى ط: بينهما ولو تعارض.

جاز إذا اشتراه بما يشترى من غيره، ولو كانت الأرض من أحدهما امتنع، إلا أن يكون البذر من صاحبها؛ لأن الأرض حصة من البذر، وتكافؤهما فى العمل امتنع؛ لأنك اكتريت نصف الأرض بنصف البذر.

وإذا كانت الأرض بينكما بملك، أو كراء، وأخرجت البذر، والآخر العمل - خالف ابن دينار مالكًا فى الجواز، وجعله كذهب وعروض بذهب.

وقال سحنون: هذا جائز بخلاف المراطلة.

الشرط الثانى: فى الجواهر: التعادل بين الأشراك فى المخرج أو قيمته بحسب حصصهم، لأحدهما الثلث على أن يخرج أقل من ذلك أو أكثر؛ حذرًا من أكل المال بالباطل، إلا فى التافه اليسير فهو فى حكم العدم، ولو عقدت على التساوى لم تفسد بما ينفصل به أحدهما بعد ذلك، وإن كثر؛ لتقدم الصحة.

وفى النوادر: قال ابن حبيب: يمتنع الأرض والبذر، والبقر من عندك، والعمل عليه، والزرع نصفان، وإن ساوى عمله ذلك كله؛ لأنك أجرته بنصف الزرع، فإن نزل فالزرع لك، وعليك أجرة المثل، وكذلك إذا قلت له: ازرع بذرك فى أرضى وهو بيننا، ولو أخرجت البذر، والبقر، والآخر العمل، والأرض مساواة، ولك ثلاثة الأرباع - امتنع؛ للتفاضل، والزرع لك، وعليك أجرته.

الشرط الثالث: فى الجواهر قال سحنون: لابد من خلط البذر أو جمعه فى بيت، أو يحمل[1] الجميع إلى الفدان، فيبذر[2] كل واحد فى طرفه، فيزرعان زرعة واحدة كل واحد يزرع للآخر، فهو كما لو جمع فى بيت فتصح الشركة حينئذ، وإلا فلا؛ لعدم الامتزاج بوجه ما، والشركة تقتضى السلطنة على ملك الشريك بسبب الشياع والخلط، فلا بد من تحقق السبب صورة أو معنى، فإن زرع أحدهما بذره فى فدان الآخر فى ناحية أخرى، ولم يدخلا على ذلك، لم تنعقد الشركة؛ لعدم الخلط، ولكل واحد ما أنبت حبه، ويتراجعان فضل الأكرية ويتقاصان.

وقاله ابن حنبل، و (ش) يمنع المزارعة، إلا أن يكون البذر من رب الأرض، والعمل من العامل؛ ليكون رأس المال من عندك؛ كالمساقاة.

---

(١) فى ط: يحصل.
(٢) فى ط: فيبدأ.

الباب الثانى

فى أحكامها

وفى الجواهر: إذا فسدت وعثر عليها قبل الفوات بالعمل، فسخت، فإن فاتت به، وقد دفع أرضه لمن يزرعها ببذره، وعمله، فالزرع للزارع ببذره، وعليه لصاحب الأرض كراؤها، وإن دفعت أرضك، والعمل عليه، وقلت: أخرج البذر وعلىّ نصفه امتنع؛ لشرط السلف، والزرع بينكما نصفان؛ لضمانكما البذر نصفين، وتكافأتما فى غيره، ويرجع بنصف الزريعة معجلًا.

وقال سحنون: الزرع لمسلف البذر، وعليه كراء الأرض، قبض رب الأرض حصته من البذر أم لا، إلا أن يكون أسلفه على غير شرط بعد صحة العقد فيجوز.

ولو دفعت بذرك ليزرعه فى أرضه على النصف:

فعلى قول سحنون: الزرع لك، وله أجرة عمله وكراء أرضه.

وفى قول ابن القاسم: الزرع له وعليه مكيلة البذر.

وإن أخرجت البذر، والآخر الأرض وتكافأتما ما عداهما على أن الزرع بينكما نصفان - فهو نصفان، وعليك نصف كراء الأرض، وعليه نصف مكيلة البذر، ولا تراجع؛ لعدم التكافؤ.

قال أبو الوليد: إذا فاتت المزارعة الفاسدة بالعمل ستة أقوال، ولم يخص وجهًا من وجوه الفساد:

أحدها: الزرع لصاحب البذر، وعليه كراء ما أخرجوه.

وثانيها: الزرع لصاحب العمل.

وثالثها: الزرع لمن اجتمع له شيئان [من ثلاثة: البذر، والأرض، والعمل، فإن كانوا ثلاثة واجتمع لكل واحد منهم شيئان][1]، وانفرد بشىء - فالزرع بينهم؛ لتساويهم، فإن اجتمع لأحدهم شيئان منها، فالزرع له دونهما، وهو مذهب ابن القاسم، ومحمد.

ورابعها: الزرع لمن اجتمع له شيئان من ثلاثة:

الأرض، والبقر، والعمل.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى أ.

وخامسها: الزرع لمن اجتمع له شيئان من أربعة:
الأرض، والبذر، والبقر، والعمل.

وسادسها: قال ابن حبيب: إذا سلمت المزارعة من كراء الأرض بما يخرج منها، فالزرع على شرطهم، ويتعادلون فيما أخرجوه وإلا فهو لصاحب البذر.

ومنشأ الخلاف: النظر إلى قوة السبب؛ فمن اعتقد قوة سبب جعل الزرع لصاحبه.

وفى النوادر: أخرجت الأرض، ونصف البذر، وآخر نصف البذر، وثالث العمل، على أن الزرع بينكم أثلاثًا - امتنع؛ لمقابلة الأرض ببعض البذر، والزرع بين العامل وبينك على مذهب ابن القاسم، ويغرمان الأجرة للآخر.

وعند سحنون: هو لصاحبى الزريعة، وعليهما كراء البقر والعمل.

قال ابن حبيب: الزرع بينهم أثلاثًا:

قال محمد: أصل ابن القاسم: أنه لمن ولى العمل إذا سلمت الأرض إليه ويعطى كراء الأرض، فإن أخرجت الأرض، وآخر البذر، وآخر البقر، وآخر العمل[1]، امتنع، وهو لصاحب البذر، وعليه كراء الثلاثة الأخر.

فرع: قال: إذا اختلفتما فى حراث الزرع، فهو عليكما، والتفضيل، والحصاد على قدر الأنصباء، إلا أن يشترط فى الأرض المأمونة، وإلا امتنع؛ لعدم الوثوق بفعله.

فرع: قال: قال ابن حبيب: تجوز مزارعة أرضك، وإن لم تكن مأمونة؛ كجواز كرائها بغير نقد، فإذا لم ترو، أو عطشت، فمصيبتها منكما، بخلاف المتكاريين؛ لأن المكترى مشتر يجب التسليم له، والشركة تقتضى التساوى فى العوارض، فإن استحقت الأرض بعد الزراعة فى إبانها، رجع المستحق على من كانت بيده الأرض بنصف قيمة كرائها.

قال سحنون: فإن أخرجت الأرض والبذر، والآخر العمل والبقر، فاستحقت الأرض بعد الزراعة فى إبانها، رجع المستحق عليك بنصف كرائها؛ كأنه حرث له شريكك نصفها، وآجره بالربع بنصفها، وبنصف البذر، فإن كانت قيمة نصف

---

(١) فى أ: الغنم.

البذر، وكراء نصفها معتدلًا، رجع عليك المستحق - أيضًا - بربع قيمة عمل العامل، وهو الذى أخذ فى كراء نصف الأرض، وإن اختلفت قيمة البذر، وكراء نصف الأرض، كان ذلك على هذا الحساب، فإن كنت عديمًا، اتبعك بنصف قيمة كراء الأرض، واتبع شريكك بربع قيمة العمل، ولو استحقت بعد فوات الزراعة، فلا كراء له على واحد منكما، ولو كان بعد الحرث، وقبل الزرع، فله أخذها، ولا شىء للشريك فى حرثها.

فرع: قال: أعطيتك أرضك وبذرك وبقرك على أن تأخذ البذر، وتقتسما، فادعى أن نصف البذر له - صدق مع يمينه، والزرع بينكما نصفان، وتتراجعان الفضل، قاله ابن القاسم.

ولو أخرجت الأرض والآخر العمل، والبذر بينكما فادعى الزارع أنه أسلفك نصف البذر صدق مع يمينه؛ لأنه المباشر، والزرع تحت يده، وصاحب البذر مصدق والزرع بينكما؛ لاعترافه بالشركة وتتراجعان الفضل، قاله ابن وهب.

ولو أعطيته أرضك حين القلب مناصفة يحرثها، ثم رويت فقلت: عليك حرثها، فخذ نصف الزريعة منى، وقال: إنما حرثت الأرض على أن لى نصفها أحرثها لنفسى، أو قال: اكتريتها - صدق مع يمينه، قاله ابن القاسم؛ لأن الحرث عمله، ويده عليه.

وإذا قلب أرضك وقلت وقت الزراعة: شاركتك والأرض من عندى، والعمل والقلب عليك، والبذر بيننا[1]، وقال: قلبتها على أن أقاسمك تزرع نصفها، وأزرع نصفها، أو قال: اكتريتها صدق لحوزه بعمله.

ولو ادعى الشركة والتساوى فى الزريعة، صدق من صرف البذر من عنده، وإلا صدق العامل؛ لأن الغالب فى المزارعة إخراج البذر. ويصدق أبدًا من يدعى التساوى والصحة على من يدعى خلاف ذلك.

قال ابن حبيب: ولو اختلفتما ولم تتحاكما، وامتنع رب الأرض من العمل على ما قال، فزرع نصفها لنفسه ببذره، وأبقى نصفها لك - فالمزروع بينكما، وتترادان الفضل، ولك كراء ما تعطل إن ادعيت الاعتدال؛ كما لو أبطل ذلك بزراعة، وإن

---

(١) فى ط: والبذر بيننا نصفان.

كان هو مدعى الاعتدال فلا كراء عليه بل على المنع من العمل؛ كما لو كان ذلك فى مزارعة لم يختلفا فيها.

فرع: قال: إذا غلط وكيلك فزرع أرضك ببذر امرأتك:

قال ابن القاسم: الزرع لك وعليك مكيلة البذر.

وقال سحنون: يضمن الوكيل؛ لأن العمد والخطأ فى أموال الناس سواء، وله ما أخرج البذر من الزرع، إلا أن يزيد على البذر فلك الفضل، وإن لم يخرج شيئًا لم يكن له شىء؛ لأنه بذر بالضمان وقد عطب.

ولو أمرته بقمح فزرع شعيرًا، أو سمراء فزرع بيضاء:

قال محمد: الزرع له؛ لتعديه وعليه الكراء، وإن بذر من عنده مثل بذرك، فالزرع لك؛ لوجود صورة المأذون فيه، وإلا فلا تجبر فى إعطائك البذر وأخذ الزرع؛ لئلا يكون شراء زرع لم يبد صلاحه بما يعطيه.

وقيل: ينتظر دراس الزرع فيستوفى منه البذر، والفاضل لرب الأرض.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا آجرته بقرة بإردب شعير على حرث إردب شعير فى أرضك فحرث الإردبين فى أرضه بغيرهما - فإن عطب الزرع فلا شىء له، وإن أخرج أكثر من إردبين، وإجارة مثله إردب أو أقل، دفع ذلك إليه مع الإردب الذى أخذ، منه ودفع ما بقى لرب الزريعة، وإن كانت إجارة مثله أكثر من إردب، لم يزد عليه، ورد عليه أحد الإردبين، ودفع ما بقى لصاحب الزريعة، فإن لم يخرج إلا إردبًا حوصص به مما أخذ منه، ولم يكن له غيره.

فرع: قال: قال أصبغ: إذا بذر أرض جاره غلطًا، أو بنى فى عرصته، ولا يعرف ذلك إلا من قوله - فأما البانى: فلا يعذرَ، ويعطى قيمة البناء منقوضًا، أو يؤمر بقلعه، وأما الزارع: فله الزرع، وعليه كراء المثل وهو على الغلط حتى يتبين عمده.

والفرق من جهة العادة: أن سرعة الزرع توجب الغلط، بخلاف البناء فيه التروى.

وقال سحنون: الزرع لرب الأرض، إلا أن يقدر على جمع حبه.

فرع: قال: قال سحنون: من حرث أرضك ليلًا غلطًا، فلا أجرة له؛ لأنه لم يحرث إلا لنفسه، فإن زرع أرضك إدلالًا عليك فلك قلع زرعه فى إبان الزراعة، والكراء بعد الإبان؛ لأنه متعد.

فرع: قال: آجرته على زراعة إردب فى أرضك، فخلطه بإردبه وزرعه - فهو

غاصب إن عثر عليه قبل قرب حصاده، فلا شيء له؛ كالغاصب(١)، أو بعد قرب حصاده، فله من الزرع بحصة بذره، وعليه الكراء، ولو زرع الإردب في أرض نفسه فعليه مثله الآن، وإذا درس الزرع أخذت كل ما خرج من بذرك إلا مقدار بذرك؛ لأنك أخذته أولًا، وتعطيه عمله ومؤنته، وكراء أرضه.

فرع: قال: قال ابن حبيب: إذا اختلط زرع الفدانين عند الحصاد، حلف كل واحد منكما على بذره، وتقتسمان الطعام على عدد الكيل.

فرع: قال: قال سحنون: إذا حرثت أرضك قمحًا، وجارك شعيرًا، فتطاير البذران [في أرض](٢) الآخر - فهو لمن حصل في أرضه. ولو كان بينكما جسر أو خط، فتطاير [البذر](٣) فيه - فذلك بينكما، اتفقت الزريعة أم لا؛ لأن ذلك الموضع من أرضكما.

فرع: قال: إذا حرثا الأرض وغاب أحدهما عند الزراعة، فخاف الآخر الفوات فبذر من عنده:

قال ابن القاسم: الزرع للباذر، وللآخر كراء الأرض محروثة؛ لأن الزرع للزارع.

ولو قسم الأرض بحضرة جماعة، وحرث في نصيبه لا ينفعه ذلك، وعليه [نصف](٤) كراء ما زرع، إلا أن يقسم بأمر السلطان.

فلو زرعها شركة فقدمت فرضيت، جاز؛ كبيع الفضولي، وإذا(٥) زرعها لنفسه، امتنع أن تعطيه نصيبك من الأرض(٦) ليكون الزرع بينكما؛ لأنه بيع الزرع قبل بدوّ صلاحه.

فرع: قال: إذا دفعت أرضك ليزرعها، وعليك نصف البذر، يمتنع؛ لأنها شركة بشرط، والزرع بينكما، وتتكافآن في الكراء والعمل، وهو مصدق في البذر إلا أن يأتي بما لا يشبه.

---

(١) في ط: لأنه غاصب.
(٢) في ط: لأرض.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ط: ولو.
(٦) في ط: البذر.

وفى قول سحنون: إذا شرط السلف للزرع له، يأخذ البذر، وعليه الأجرة.

فرع: قال: فإن أعطيت ثمن نصيبك من البذر، فادعى بعد الزرع عدم الشركة، وأنه لم يشتر لك شيئًا، بل الزرع لنفسه - لم يصدق، والزرع بينكما، فإن صدقته خيرت بين مكيلة الطعام وكنت شريكًا، أو أخذ الثمن الذى دفعته له والزرع له، قاله ابن القاسم.

وقال يحيى بن عمر: إذا صدقته أو قامت البينة فالزرع له، ويمتنع رضاك؛ لأنه شراء للزرع له قبل بدو صلاحه.

فرع: قال: إذا أخرجت الأرض والبذر والآخر البقر والعمل على أن له مكانا معينًا، والباقى بينكما - يمتنع؛ للغرر والزرع - فى قول سحنون - لصاحب البذر، وعليه كراء البقر وغيره، وكذلك إن شرط أجرة معلومة.

فرع: قال: قال سحنون: لا يخرج أحدهما قمحًا، والآخر شعيرًا، أو صنفًا آخر؛ لأن التساوى فى المخرج صفة، ومقدار شرط، فإن نزل فلكل واحد ما أنبت بذره، ويتراجعان الأكرية.

وعنه: جواز ذلك إذا استوت القيم.

فرع: قال: قال سحنون فى أرضين أحدهما بالشام، والآخر بمصر: يجوز على أن يزرعا هذه ثم يذهبا لتلك، فيزرعاها، ويمتنع أن يخرج بذر هذه، والآخر بذر تلك؛ لأن شرط الشركة: التساوى والخلط.

فرع: قال: يكفى فى صحة الشركة أن يحمل البذر إلى الفدان، ويبذر كل واحد فى طرفه، فيزرعان بذر أحدهما فى فدان أو بعضه، وزريعة الآخر فى الناحية الأخرى، فإن لم تنبت إحدى الزريعتين، فعليه مثل نصف بذر صاحبه إن علم، ولا عوض له فى بذر صاحب البذر الفاسد؛ لفساده، وإلا فله نصف بذره على أنه لا ينبت، وعليه مثل نصف بذر النابت، والزرع بينهما، غره أم لا.

ولو علم الغرور منه فى الإبان فضمانها منه، ويخرج مكيلتها فتزرع ثانيًا، ولا غرم على الآخر. وإن لم يغر أخرجا قفيزًا [آخر][1] فزرعاه إن أحبا، وهما على الشركة، قاله سحنون؛ لصحة العقد أولًا.

---

(١) سقط فى أ.

وعنه: إذا لم تنبت إحداهما، بطلت الشركة، ولكل واحد ما أنبت بذره، غره أم لا؛ لتبين[١] عدم خلط البذر أولًا.

ولو اشتريت بذرًا جيدًا والآخر رديئًا، فتجاوزته، فزرعت ببذرك ثلاثة فدادين، وزرع ببذره فدانين ثم شاححته:

قال ابن القاسم: يؤدى كل واحد لصاحبه ثمن نصف بذره.

وعن يحيى بن يحيى: إذا صح العقد ثم أخرجت بذرك فزرعته فى موضع، وأخرج الآخر بذره، فزرعه، فلم ينبت - فهو بينكما، والنابت لكما إذا لم يغر من بذره؛ لأنه فساد لم يقصده، ويتراجعان الأكرية.

فرع: قال: إذا امتنع أحدكما من التمادى على ما دخل عليه، أجبر، قاله سحنون؛ لأن الشركة عنده تلزم بالعقد.

وقال ابن القاسم: إن لم يبذرا لم يجبر، وإلا جبر، فإن عجز عمل شريكه، وإذا طاب الزرع باع، واستوفى حقه، فإن فضل اتبع به؛ لقيامه عنه بما يلزمه.

وقال محمد: ليس لهما التفاضل، ولا أن يولى أحدهما حصته للآخر، ولا لأجنبى؛ لأنه بيع الزرع قبل بدو صلاحه.

فرع: قال: قال محمد: تمتنع الشركة فى أرض زرع بعضها إلا فيما لم يزرع منها؛ لأنه بيع للزرع قبل صلاحه.

فرع: قال: لو ذهب السيل بالزرع فى الإبان، فأردت إعادة البذر وأبى الآخر - لم يجبر؛ لأن عملكما قد تم، بخلاف ذهاب البذر قبل الزرع، أو الثور أو العبد.

فلو أخرجت أرضك ونصف البذر، والآخر العمل ونصف البذر، فقلب الأرض إبان الزراعة، فدفعها لآخر ليخرج عنه نصف البذر والعمل - فالزرع بينك، وبين الآخر، وسقط الأوسط؛ لعدم ما به الشركة منه.

فرع: قال: لو غبت وزرعها ببذره، ولم تحضر زريعة - فالزرع له، وعليه الكراء، ولو جئت بالبذر بعد الزرع، امتنع أخذه؛ لبطلان الشركة؛ لعدم الخلط، وهو الآن بيع الزرع قبل بدو صلاحه.

ولو قلت له: أقرضنى البذر، وأنا أعطيه لك الآن امتنع.

---

(١) فى ط: لتبيين.

فرع: قال: إذا كان عليك الحرث فقلت: حرثة. وقال: حرثتين - حملتما على سنة البلد، فإن عدمت، فما قلته؛ لأن الأصل: عدم الزائد.

* * *

كتاب المغارسة

وفيها مقدمة وبابان:

المقدمة فى لفظها وهى: مفاعلة، وأصلها أن تكون لصدور الفعل من اثنين، نحو: المناظرة والمدافعة، فمقتضاها أن يكون كل واحد يغرس لصاحبه، وليس كذلك، بل أحدهما الغارس فيتعين أن يجاب بما تقدم فى المساقاة والمضاربة، فيطالع من هناك.

* * *

الباب الأول

فى أركانها

وهى ثلاثة:

الأول والثانى: المتعاقدان.

ويشترط فيهما: أهلية الشركة، والإجارة؛ فإن المغارسة مركبة منهما[١].

الركن الثالث: العمل.

قال صاحب المقدمات: المغارسة ثلاثة أقسام:

القسم الأول: إجارة محضة، كقولك: اغرس أرضى تينًا، ونحوه، ولك كذا، فإن كانت الغروس من عندك، فلا إشكال فى الجواز، سميت عدد ما يغرس أم لا؛ لأنه معلوم عرفًا، نعم لا بد أن تصف قدر الغرس فى الصغر والكبر؛ لاختلاف المشقة فيه، إلا أن تكون عادة.

وإن كانت الغروس من عنده، فيدخل فيه ما دخل فى اشتراط الجص والآجر على البناء؛ لأنه إجارة وسلم، فأحكامهما مختلفة إذا كان الأجير بعينه؛ فإن السلم[٢] لا بد فيه من ضرب الأجل، وتعجيل رأس المال، والأجير المعين لا يجوز النقد له إلا بعد الشروع، فلا يستأجر المعين والغروس من عنده ولها قيمة إلا بثلاثة شروط:

تعجيل الإجارة.

والشروع فى العمل.

وأن يكون الغرس لا يتم إلا فى مدة طويلة يستحق فيها ما يتعجل من الغرس فى جنب ما يتأخر.

وأما إن استأجره إجارة مضمونة فى ذمته على أن الغرس من عنده، ولها قيمة، فذلك جائز؛ لأن الإجارة المضمونة كالسلم.

فإن قدم إجارته إليه، وضرب للغرس أجلًا، كقولك: استأجرتك على غرس هذه الأرض فى شهر كذا، والغرس من عندك:

أجازه ابن القاسم فى المدونة، إذا كان على وجه القبالة، وقدم نقده.

---

(١) فى ط: منها.

(٢) فى ط: أسلم.

القسم الثانى: المغارسة على وجه الجعل، كقولك: اغرس أرضى تينًا أو نحوه، ولك فى كل ثمرة تنبت كذا - فيجوز؛ لأنه جعل محض.

القسم الثالث: أن يغارسه فى الأرض على جزء منها، فليست إجارة منفردة، ولا جعالة، بل أصل مستقل فيه الشبهان، فيشبه الإجارة فى اللزوم بالعقد، والجعالة؛ لبطلان حق المغارس إذا بطل الغرس ولا يعيده مرة أخرى.

وعن ابن القاسم: لا يجوز إلا على الجعل، وأن يكون له الترك متى شاء.

فعلى هذا المغارسة قسمان فقط:

الجعل، والإجارة، كان له جزء من الأرض أم لا.

ومنع (ش) القسم الثالث؛ لأنه ليست شركة ولا قراضًا ولا إجارة؛ لعدم شروط الأقسام الثلاثة، فلا يجوز.

وقاسها مالك على المساقاة.

وتمتنع على جزء من الأرض، إلا أن يكون الحد[1] دون الإطعام. وفى التحديد بالإطعام، أو السنين دون الإطعام، أو سكتما[2] عن التحديد قولان.

ويمتنع أن يكون الشجر، أو الغلة بينهما دون الأصل.

قال ابن بشير فى نظائره: يشترط أمران:

أن تكون الأرض بينهما مع ما فيها؛ لئلا ينتفع العامل بالأرض مدة غير محصورة.

وأن يكون الانتهاء الإطعام، أو دونه، دون ما فوقه.

* * *

(١) فى ط: إلى حد.
(٢) فى ط: سكت.

الباب الثانى

فى أحكامها

قال ابن يونس: المغارسة: أن يعطيه أرضه يغرسها نوعًا، أو أنواعًا من الشجر يسميها، فإذا بلغت حدًّا سماه فى ارتفاعها، كانت الأرض والشجر بينهما على جزء معلوم.

ويمتنع التحديد كما بعد الإثمار؛ لأن العامل يكون نصف الثمر له إلى ذلك الحد، فقد آجر نفسه بثمرة لم يبد صلاحها، وبنصف الأرض وما ينبت فيها.

قال ابن حبيب: إن سكتا عن ذكر الحد جاز، ويكون إلى الكمال التام.

وقال ابن القاسم: هو فاسد، حتى يبينا حدًّا، ولو سميا سنين جاز؛ إذا كانت الأرض مأمونة النبات، ولا يتم الشجر قبلها.

وإن اشترطا أن كل نخلة تنبت، له فيها حق، ولا شىء له فيما[1] لا تنبت، وعلى أنه إن شاء ترك، وشرطا حدًّا معلومًا - جاز.

قال ابن القاسم: إذا قلت: استأجرتك لتغرسها كذا وكذا نخلة، فإن نبتت[2] فهى بينى وبينك - فهو جعل لا إجارة، وله الترك إن شاء.

وعن مالك: تمتنع المغارسة إلى أجل؛ لأنها فى معنى الجعل.

قال مطرف: إنما يجوز الأجل إذا قال: اغرسها شجر كذا، ولك نصفها - الحد[3] الذى سمياه - على أن تقوم بنصفى كذا وكذا سنة؛ لأنها إجارة على غرس نصف الأرض، ويأتى بما يغرس من عنده، ويخدمه كذا وكذا سنة بنصف الأرض، فإن بطل الغرس بعد أن غرسه، أتاه رب الأرض بغرس مثله يقوم به إلى ذلك الأجل.

قال ابن يونس: هذه المغارسة بعينها إلى أجل.

ومالك ينظر إلى تصرفهما لا إلى قولهما.

قال ابن القاسم: إن غارسه على أن العمل مضمون، مات أو عاش - جاز، أو

---

(١) فى ط: فيها.
(٢) فى أ: لم تنبت.
(٣) فى أ: الجزء.

على عمله بعينه، امتنع؛ للغرر بتوقع موته.

قال سحنون: هذا ممتنع[١] مطلقًا؛ لأنه جعل وبيع.

فرع: قال ابن يونس: [قال ابن القاسم][٢]: إذا أثمر النخل وبقى التافه فهو تبع، والعامل على شرطه ويسقط العمل عنه.

قال ابن حبيب: إن كان له بال أو النصف وهو مباين، سقط العمل عنه فى المثمر، أو مختلطًا سقى الجميع، وثمر ما أثمر بينهما.

قال صاحب المقدمات: إن نبت يسير، وبلغ الحد وبطل الباقى، أو بطل منه يسير وبلغ الحد وبطل سائر ذلك:

فقيل: القليل - أبدًا - تبع للكثير، إلا أن يكون له قدر، قاله ابن عاصم، وهو الذى يأتى على المشهور، ويثبت حقه فى النابت[٣] ويبطل مما بطل.

وقيل: حقه فيما نبت وما بلغ، ويبطل فيما لم يبلغ، يسيرًا كان أو كثيرًا، تبعًا أو غير تبع، وهو يأتى على القول بأن المغارسة فى الأرض على جزء منها، تمتنع، إلا على وجه الجعل، والقول الأول على أنها جائزة لازمة لها.

فرع: فى المقدمات: حيث قلنا بفسادها، فإن لم يجعل له جزءًا من الأرض[٤]، بل الثمرة بينهما، أو الشجر دون موضعها، فهل يجعل كالكراء الفاسد، أو الأجرة الفاسدة؟ قولان مبنيان على أن المغروس على ملك الغارس؛ فيكون كراءً فاسدًا، أو ملك رب الأرض؛ فتكون إجارة فاسدة، والأول لابن القاسم.

فإن جعل له جزءًا من الأرض مع الفساد، كالمغارسة إلى أجل بعد الإطعام، فثلاثة أقوال:

إجارة فاسدة، على رب الأرض قيمة غرسه يوم وضعه فى أرضه، وأجرة مثله فى العمل وجميع الغلة له. قاله سحنون؛ بناء على أن الغرس على ملك رب الأرض؛ كأنه استأجره على غرسها بنصفها.

وقيل: بيع فاسد، فى نصف الأرض، وقد فات بالغرس، فعلى الغارس قيمته

---

(١) فى ط: يمنع

(٢) سقط فى أ.

(٣) فى ط: الثابت.

(٤) فى ط: الأصل.

يوم غرسه، وكراء المثل فى النصف الآخر الفاسد يوم أخذها، أو يوم الغرس فيها، أو يوم الفوت، على الخلاف فى ذلك.

ويقلع الغارس غرسه إلا أن تأخذه بقيمته مقلوعًا.

وروى يحيى: لك أخذه بقيمته قائمًا؛ لوجود الإذن فى الوضع[(١)]، وجميع الغلة للغارس، وهو على أن الغرس على ملك الغارس.

وقيل: بيع فاسد فى نصف الأرض، فات بالغرس على الغارس، [قيمتها له][(٢)] يوم غرسه، وإجارة فاسدة فى النصف الآخر، عليك فيه قيمته مقلوعًا يوم وضعه، وأجرة مثله فى عمله إلى وقت الحكم.

وقيل: يكون عليك نصف قيمة الغرس قائمًا يوم الحكم فيه لأجل سقيه وعلاجه، قاله ابن القاسم.

وقيل: عليك للغارس نصف غرسه يوم بلغ، وأجرته من يومئذ إلى يوم الحكم، قاله ابن حبيب، والغلة بينهما فى جميع ذلك على شرطها.

والصحيح: الأول، عليك القيمة فيه مقلوعًا، وأجرة العمل إلى يوم الحكم.

فرع: قال صاحب النوادر: ولا تكون المغارسة فيما يزرع سنة، بل فى الأصول الثابتة، وتمتنع إلى أجل؛ لأنها فى معنى الجعل، بل للإثمار، أو قبله.

فرع: قال: إذا بطلت الشجر بعد تمامها فى المغارسة الفاسدة قبل أن ينظر بينهما:

قال عبد الملك، ومطرف: لا شىء له من قيمة ما عمل، ولا رد ما أنفق؛ لأنه لم يخرج من يده شىء ليعوض عنه، وإنما أنفق ليأخذ من الثمرة، وقد ذهبت، وتمضى الغلة لمن اغتلها قبل ذهاب الشجر أغلاها[(٣)] جميعًا، أو الغارس، ولا ينظر بينهما فى شىء إذا ذهب الغرس الذى تعاملا [عليه][(٤)]، وفات موضع تصحيحه بالقيمة.

قال أصبغ: يعطى قيمة عمله يوم [تم؛ كشرائه][(٥)] بثمن فاسد، فتفوت، والغلة

---

(١) فى ط: الموضع.
(٢) فى ط: قيمته.
(٣) فى ط: أغلالها.
(٤) سقط فى أ.
(٥) فى ط: لشرائه.

كلها لرب الأرض.

قال: والأول أحب إلى. وإنما يصح قول أصبغ إذا أعطاه نصف الأرض؛ عوضًا عن غرسه النصف الآخر.

قال ابن القاسم: إذا فسدت بعدم [ذكر][١] حد تنتهى إليه، أو حد معلوم إلى حد الإثمار [أو] دونه وفات - فالغرس بينهما نصفان، ويلزم العامل نصف الأرض بقيمتها يوم قبضها براحًا؛ لأنه اشتراها شراءً فاسدًا فأفاتها بالغرس.

فإن اغتلها زمانًا طويلًا، فما اغتل فى نصفه الذى ألزمناه قيمته، لا كراء عليه فيه، والنصف الآخر [كأنك أكريته][٢] بثمرة لم يبد صلاحها، وترد أنت الثمرة التى قبضت إلى العامل، وتأخذ منه كراءه حاليًا يوم اغتلها، وهو خلاف قول ابن حبيب.

قال سحنون: بل غلة جميع الأرض لربها يردها[٣] العامل وله قيمة غرسه وأجرة عمله، ولو جعلت له الثمرة كان بيعها قبل بدو صلاحها.

قال ابن القاسم: لو أخذها لحد معلوم على أن يعمل لك فى نصفك سنين معلومة بعد القسم عملًا مضمونًا، عاش أو مات، وهو عمل معروف - جاز، وإن كان عمله بيده، امتنع؛ للخطر.

قال سحنون: هو خطأ؛ لأنه جعل وبيع.

والذى أنكره، أجازه ابن حبيب.

قال ابن القاسم: فإن وقع على ما ذكرنا من الفساد، واغتل الشجر زمانًا، وبطل الغرس - لم يبطل ما لزمه من نصف قيمة الأرض يوم القبض، وله غلة جميع الشجر، وعليه قيمة كراء نصف الأرض من يوم اغتلها، وله عليك قيمة عمله فى نصفك إلى أن يبلغ الحد المشترط غلة فلا أجرة له؛ كالجعل.

وقال سحنون: الغلة كلها لك، ويرد ما أخذ منها، وله أجرة مثله.

فرع: قال: قال ابن القاسم: أعرت أرضك عشر سنين للغرس، وسلم إليك بعد المدة بغرسها، وبغلتها هو فى المدة - يمتنع؛ للجهل بحال المآل.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: كأنه أكراه.

(٣) فى أ: ليرده.

وجوزه أشهب، كالبنيان إذا سمى مقدار الشجر.

فرع: قال: قال أصبغ: إذا اشترط مع غرس الشجر بناء جدار حوله، أو حفر سياج، وكان يخاف ألا يتم[1] الغرس إلا بذلك؛ لكثرة المواشى، ويكون جميع ذلك بينهما - جاز، أو لا يخاف ذلك، ومئونة المشترط يسيرة جاز - أيضًا - وإلا امتنع.

فرع: قال: قال أصبغ: إذا غرس النصف، ثم عجز قبل التمام، أو غاب، فأقمت من عمل ما بقى أو عملته بنفسك ثم قدم، فهو على حقه، وكذلك الحاضر إذا لم يظن أنه ترك، وسلم، ورضى بالخروج، ويعطى المكمل قدر ما كفاه مما [لو وليه][2] هو لزمه مثله.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا ادعيت أن المغارسة وقعت على أن الثمرة فقط أو الشجرة بينكما، وادعى نصف الأرض بغرسها، وللبلد عادة - صدق مدعيها، صحيحة أم لا، [وإلا صدق مدعى الصحة][3] لأنها أصل معاملة الإسلام.

وعنه: إذا كانت عادة البلد بعمل الأمرين، يتحالفان ويتفاسخان.

فرع: قال سحنون: إذا غارسه على أن الثمرة خاصة بينهما، وفاتت، فللعامل أجر مثله فيما عمل، وعالج حتى بلغت الإطعام، ثم هو فيما أكلا بعد ذلك من الثمرة على مساقاة مثله، وإن كانت مساقاة مثله النصف، لم يرجع أحدكما على الآخر بشىء، أو على الثلث رجعت عليه بسدس الثمرة، أو على الثلثين رجع عليك بالسدس يوم فسخ العمل بينكما.

ولو كانت على أن الثمرة بينهما سنين معلومة، فكما تقدم.

فرع: قال: قال سحنون: يجوز أن يعمل لك رحى بصفة معلومة، بجميع أدواتها، فإذا تمت فله نصفها، أو غير ذلك من الأجزاء، بجزء ذلك الأرض؛ لأنه جعل، والكلف فى المستقبل عليكما؛ لأنكما شريكان، وتنعقد الشركة والاستحقاق بعد التمام، فإن شرطت أن عليه إصلاحها ما بقى، امتنع؛ للغرر، فإن فات بالبناء، فعليه نصف قيمة الأرض بغير شرط، وله عليك نصف قيمة ما بنى وأصلح، ويبطل

---

(١) فى أ: لا يتم.
(٢) فى ط: لوليه.
(٣) سقط فى أ.

الشرط وتصير الرحى بينكما، وعليكما إصلاحها، فإن لم يعثر على ذلك حتى طحنا زمانًا، فهى بينهما من يوم طحنت، وإن ولى هو الطحين فيها للناس فله الغلة، وله كراء نصفها، وتأتنفان فى أمرها ما أحببتما، فلو كانت المرمة من عندك، فهو سواء، وإن كنت العامل فيها فلك الغلة، وعليك كراء نصفها له.

وقال غيره: إذا لم يصف البناء، وفات بالبناء، أو بما فى فسخه ضرر يكون بينكما، ولك قيمة نصف أرضك، وعليك له نصف قيمة ما عمل وبنى، وتبقى بينكما على ما هى عليه يومئذ، فرغت أم لا؛ لأنها مجاعلة فاسدة.

ولو شرطتما أن الغلة بينكما دون الرحى، وفات، لا يكون له فى الرحى ولا فى البناء ولا فى الأرض شىء؛ لأنه لم تقع المبايعة فى شىء من الأصل، وإنما اشترى منه ماءه، وما يدخل من الكسب فالرحى بما فيها لك، وعليك قيمة البناء، وما وضع فيها بقيمته يوم تم.

* * *

كتاب إحياء الموات

قال الجوهرى: الموات - بضم الميم -: الموت. وبفتحها: ما لا روح فيه، وأيضًا، هو: الأرض التى لا مالك لها، ولا منتفع بها. والمَوَتان - بفتح الميم والواو -: الأرض التى لم تحيا، وهو - أيضًا -: ضد الحيوان، يقال: اشتر الموتان ولا تشتر الحيوان، أى: اشتر العقار دون الرقيق. ويتمهد فقه الكتاب بالنظر فى الإحياء وموانعه وغيرها. ثم ما يقع من التزاحم فى الحيطان، والسقوف، ومنافع البقاع من المساجد، والطرق، والأعيان المستفادة من الأرض، كالمعادن والمياه، وغيرها، ثم فيما يقع:

النظر الأول: فى الإحياء، وفيه ثلاثة أبحاث:

المبحث الأول: فى صفة الإحياء الذى هو سبب الملك:

وفى الكتاب: يجوز الإحياء بغير إذن الإمام، وإحياؤها: شق العين، وحفر البئر، وغرس الشجر [أو النبات، والحرث][1].

قال اللخمى: إن حفر بئرًا فى أرض ذات غياض، وقطع من الغيضة ما [2]يسقى ذلك البئر - فهو أحق بما يسقى ذلك البئر، [وكذلك إذا لم يكن فيها شجر أو حفر البئر][3] لماشيته؛ ليسكن ذلك الموضع - فهو أحق بما يحتاجه للسكنى، وإن كان يرعى غنمه ويذهب عنه، لم يكن إحياء، وهو أحق بما ترعى غنمه.

ومحمل قوله فى المدونة: إذا لم يكن الحفر لأجل الكلأ؛ لأنه ليس ذلك مما يقصد للتمليك، والرعى بانفراده ليس إحياء.

وقال أشهب: إذا نزل قوم ورعوا [ما حولهم][4] فهم أحق من غيرهم؛ لأن للسبق حقًّا؛ لقوله - عليه السلام -: «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يُسْبَقْ إِلَيْهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[5].

---

(١) فى ط: والبناء، والحرث.

(٢) فى ط: بما.

(٣) بدل ما بين المعقوفين فى ط: وكذلك إذا لم تكن فيها شعراء، وإن حفر البئر.

(٤) سقط فى أ.

(٥) أخرجه أبو داود (٣/ ٤٥٢) (٣٠٧١)، والطبرانى فى الكبير (١/ ٢٥٥) (٨١٤)، والبيهقى (٦/ ١٤٢)، وحسن إسناده الحافظ فى الإصابة (١/ ٢٢٠)، وينظر التلخيص (٣/ ١٥٠).

وفى الجواهر: الإحياء: ما تقتضى العادة أنه إحياء لمثل تلك الأرض؛ لأنه - عليه السلام - أطلق [الإحياء][(١)] فيتقيد بالعادة.

وقاله (ش) وقال: إذا لم يسقف الدار، ولا قسم البيوت، وقد أحيا للسكنى؛ فليس بإحياء، وإن حفر البئر ولم يطوها؛ فليس بإحياء.

قال صاحب التنبيهات: والإحياء يقع بعشرة أشياء:

سبعة متفق عليها:

تفجير الماء بالحفر، وبالشق، والبناء، والغرس، والحرث، والعزق[(٢)]، السابع: تكسير الحجارة.

وثلاثة مختلف فيها:

التحجير، ورعى الكلأ، وحفر بئر ماشية فيها ليست إحياء عند ابن القاسم، خلافًا لأشهب.

فرع: قال بعض العلماء: إذا أحيا بأجر مغصوب لا يملك؛ لأن الشرع ملكه لينتفع بإحيائه، وهذا يحرم عليه الانتفاع، بخلاف الاصطياد بقوس الغير، أو سيفه، والفرس يجاهد عليه له السهام، ففى هذه يملك الغاصب المنفعة؛ لأن ما ينتفع به غير العين المغصوبة، ولو نزعت العين المغصوبة بقيت الثمرة للغاصب، وهى الصيد والسهام، ولو نزع المغصوب ههنا لم يبق له شىء.

المبحث الثانى: فى موانعه:

وهى خمسة:

المانع الأول: العمارة.

وفى الجواهر: لا يملك بالإحياء معمور، وإن اندرست العمارة، إلا أن تكون عمارة إحياء.

وقال سحنون: هى كعمارة غير الإحياء، ولا تملك بالاندراس؛ لقوله - عليه السلام - فى الموطأ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً؛ فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»[(٣)].

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: الحرق.

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٧٤٣) فى الأقضية: باب القضاء عمارة الموات (٢٦)، مرسل باتفاق الرواة، وأشار المصنف إلى الرواية الموصولة، فهى عند أبى داود (١٧٨/٣) فى =

قال مالك: والعرق الظالم: كل ما احتفر وأخذ أو غرس بغير حق، وقد تقدم أن الموات[١] لغة: ما لم يتقدم عليه ملك، ولا ينتفع به.

ومنطوق الحديث يقتضى ترتب الملك على الإحياء فى الميت، ومفهومه يقتضى: عدم ترتبه فى غيره، وهو المطلوب.

وقياسًا للإحياء على البيع، والهبة، وسائر أسباب التمليك.

وقياسًا على تملك لقطة ثم ضاعت منه، فإن عودها على حال الالتقاط لا يبطل ملك المتملك.

ووافق (ش) سحنون، وقال: لا يسقط الملك بعد الإحياء بعوده مواتًا، إلا إن جهل المحيى بالكلية كخراب عاد وثمود.

والجواب عن الأول: أن الحديث معناه يقتضى ترتب الملك على الإحياء، وهذا الثانى قد أحيا، فيكون الملك له.

وعن الثانى: الفرق بأن الإحياء سبب فعلىّ تملك به المباحات من الأرض، وأسباب تملك المباح الفعلية تبطل ببطلان ذلك الفعل، كالصيد إذا توحش بعد اصطياده، والسمك إذا انفلت[٢] فى النهر، وماؤه إذا حيز ثم اختلط بالنهر، والطير البرى، والنحل إذا توحش وذهب وطال زمانه.

وأسباب الملك القولية لا يبطل الملك ببطلانها؛ لأنها إنما ترد على مملوك غالبًا، فلها أصل الملك قبلها قوى إفادتها الملك، وأما الإقطاع، وإن كان سببًا قوليًا فهو حكم من الإمام، وأحكام الأئمة تصان عن النقض.

وعن الثالث: أن تملك الملتقط ورد على ما تقدم فيه الملك وتقرر، فكان تأثير

= كتاب الخراج والفيء: باب إحياء الموات (٣٠٧٣)، وقد مرت الإشارة إليه، ومروى - أيضًا - من حديث جاء عنه، أخرجه الترمذى فى السنن (٣/ ٦٦٣ - ٦٦٤) كتاب الأحكام: باب ما ذكر فى إحياء أرض الموات الحديث (١٣٧٩)، وقال: هذا حديث حسن صحيح. وأخرجه النسائى.

ذكره المزى فى تحفة الأشراف (٣/ ٣٨٧) ضمن أطراف جابر بن عبد الله - رضى الله عنه - الحديث (٣١٢٩)، وأخرجه ابن حبان، ذكره الهيثمى فى موارد الظمآن ص (٢٧٨) كتاب البيوع: باب إحياء الموات (١١٣٩)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١٤٨) كتاب إحياء الموات: باب ما يكون إحياء، وأحمد فى المسند (٣/ ٣٥٦)، والدارمى (٢/ ٢٦٧).

(١) فى أ: الملك.

(٢) فى أ: انقلب.

السبب فيه أقوى مما لم يرد فيه السبب على ملك.

وتحرير ذلك: أن السبب إذا رفع ملك الغير: كالبيع وتملك اللقطة، كان فى غاية القوة، وأما الفعل بمجرده فليس له قوة رفع الملك المعتبر، بل يبطل ذلك الفعل؛ كمن بنى فى ملك غيره، فلذلك ذهب أثره بذهابه.

وهذا فقه حسن على القواعد، فليتأمل.

ومذهب (ش) فى بادئ الرأى أقوى وأظهر.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: إن أحيا الثانى بحدثان خراب فهى للأول، ويعطى قيمة عمارته قائمًا، إن عمرها بجهل، ومنقوضًا إن عمر عالمًا بالأول، وإن عمر بعد الطول الذى يعد كالإعراض، فليس له منعه.

قال صاحب البيان: فيمن أحياه بعد [إحياء][1] غيره ثلاثة أقوال:

الأول: أحق.

والثانى: أحق.

الفرق بين أن يكون الأول أحيا فالثانى أحق، أو اختط أو اشترى فالأول أحق.

وفى الصيد إذا صيد بعد انفلاته أقوال:

ثالثها: الفرق بين أن يكون الأول صاده فالثانى أحق، أو ابتاعه فالأول أحق.

فرع: فى النوادر: قال مالك؛ فى خراب عن الإسكندرية بنحو الميلين لا يعرف له أهل صار أكوامًا: لا يحييه أحد.

قال ابن القاسم: ولا بقطيعة من السلطان؛ لتقدم الملك عليها؛ فإنه ملك لا يخشى هلاكه، بخلاف اللقطة.

وقال سحنون: إذا صارت الأملاك العامرة شعارى، وطال زمانها، نظر فيها السلطان.

قال (ح): إذا انجلى عنه أهله، وبادوا، ملك بالإحياء.

وللشافعية قولان؛ قياسًا على اللقطة إذا لم يعرف ربها. وقد تقدم الفرق.

المانع الثانى: حريم العمارة: فيختص به صاحب العمارة، وقاله الأئمة؛ لقوله -

---

(١) سقط فى ط.

عليه السلام-: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»[1].

وفى الكتاب: ليس لبئر الماشية، ولا للزرع، ولا للعيون حريم محدود، إلا ما أضر، وقاله (ش). كبئر فى أرض رخوة، وبئر فى أرض صلبة أو فى صفا.

ولأهل البئر منع من يبنى، أو يحفر فى ذلك الحريم؛ نفيًا للضرر عنهم، ولو لم يضر بهم الحفر - لصلابة الأرض - لمنع؛ لتعذر مناخ الإبل ومرابض المواشى عند الورود.

قال ابن يونس: قال عمر بن الخطاب - رضى الله عنه -: لبئر العادية من الحريم خمسون ذراعًا، وبئر البادية خمسة وعشرون ذراعًا، وبئر الزرع ثلاثمائة ذراع، وللعيون خمسمائة.

قال أشهب: هذه حكومة تبتدئ كحكومة الصيد بقدر الضرر.

قال اللخمى: للأول منع ما ينقص الماء أو[2] يمنع الرعاء.

وحفر الثانى على ثلاثة أوجه:

إن كانت الأرضان غير مملوكتين[3] والماء الأول للماشية، أو الأولى مملوكة - منع الثانى من الحفر حيث أضر بالأول.

وإن كانتا مملوكتين، وعلم الأول - فهو أحق، وإن كان حفره آخرًا[4]؛ لأن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها، وليس تأخر حفره لاستغنائه يقطع حقه، إلا أن يغرس الثانى، فيتركه عالمًا بمضرته عند الحاجة، فليس له الحفر لإسقاط حقه، وقد اختلف فى هذا الأصل، واختلف إذا جهل السابق: فعن مالك: للحافر الأول المنع؛ لأن الماء فى يده، ويحتمل أن يكون خط أولًا، أو أباه، أو بايعه فلا ينزع بالشك.

وعنه: لا يمنع إذا لم تكن للثانى مندوحة عن الحفر هناك؛ لعدم تعين الحضور، وإلا منع؛ لإمكان الجمع بين المصلحتين.

قال: وأرى: إن كان الماء إنما يأتى من أرض الأول، قدم، أو من أرض الثانى،

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣٤٠ و ٢٣٤١) من حديث عبادة بن الصامت، ومن حديث ابن عباس.

(٢) فى ط: و.

(٣) فى ط: مملوكة.

(٤) فى ط: أخيرًا.

لم يمنع؛ لأنه ماؤه، وكان يصل الأول - لاستغنائه عنه - فله أخذه عند الحاجة.

ولو أحدث بئرًا للنجاسات، فأضر بئر جاره - ردمه[1] عليه اتفاقًا؛ لأن بلوغ النجاسة كبلوغ الدخان وغيره.

ويترك لبئر الزرع ما يظن أن بئر الأول يسقيه، فإن كان يعجز عنه، ترك له ما لا يعجز عنه، وإن كان الأول قطع تلك الغياض، ترك، وإن كان فوق ما تسقيه تلك العين، صونًا لتعبه عن الضياع، فإن كان الماء كثيرًا لا يقدر على عمارة ما يسقيه بذلك ترك المعجوز عنه[2].

هذا كله أصل ابن القاسم في نفى الضرر من غير تحديد؛ نظرًا للمعنى.

وقال أبو مصعب: حريم العادية خمسة وعشرون ذراعًا، [والبئر][3] التى بيد صاحبها خمسون، وبئر الزرع خمسمائة.

وقال ابن نافع: حريم البئر العادية خمسون ذراعًا، والتى ابتدئ عملها خمسة وعشرون.

وإن قطع غياضًا لا يستطيع حرثه ولا عمارته، ترك له؛ لأنه ملكه بالإحياء، وله بيعه.

وحريم الشجر: ما فيه مصلحتها ونفى ضررها.

وقد قيل: اثنا عشر ذراعًا من نواحيها، وإن كانت الشجرة الآخرة مثل الأولى ترك بينهما نحو عشرين ذراعًا؛ لتبعد العروق، فلا يزدحمان فى السقى، فإن خولف ذلك واشتركت العروق، أو الفروع، قطع ما وصل للأول فى بطن الأرض وظاهرها، ولو بيعت نخلة واشترط حقوقها وفناءها، ترك عشرة أذرع من جميع نواحيها.

وإذا أحييت للسكنى، وأراد الثانى الإحياء للسكنى: فلك إبعاده عنك؛ لئلا يكشفك.

وقد قضى عمر - رضى الله عنه - فى ذلك بمائة ذراع، حيث لا تبين امرأته، ولا يسمع كلامه.

قال: وأرى: أن يبعد أكثر من المائة، ولا يضيق على النساء فى تصرفهن.

---

(١) فى ط: ردفنا.

(٢) فى ط: بذلك الماء ترك غير المعجوز عنه.

(٣) سقط فى أ.

فرع: قال فى الجواهر: حريم الدار المحفوفة بالموات مرافقها العادية - كطرح التراب، ومصب الميزاب، وموضع الاستطراق - منها وإليها.

المانع الثالث: الإقطاع:

وفى الجواهر: إذا أقطع الإمام أرضًا لأحد كانت ملكًا له، وإن لم يعمرها، ولا عمل فيها شيئًا - يبيع، ويهب، ويورث عنه؛ لأنه تمليك مجرد، قاله ابن القاسم، سواء فى الفيافى، والقرية، ولا يطالبه الإمام بعمارتها، بخلاف الإحياء. وقاله (ش).

قال اللخمى: إن أقطعه أرضًا على عمارتها، فله الهبة، والبيع، والصدقة ما لم ينظر فى عجزه فيقطعها لغيره.

وظاهر المذهب: أن الإقطاع بشرط العمارة يوجب تركها له، وإن عجز عن عمارتها؛ لأنه - عليه السلام - أقطع بلال بن الحارث من العقيق ما تصلح للعمل، فلم يعمله، فقال له عمر - رضى الله عنه -: إن قويت على عمله فاعمله، وإلا أقطعته الناس.

فقال له: إنه - عليه السلام - قد أقطعنى إياه، فقال له عمر - رضى الله عنه -: إنه عليه السلام قد اشترط عليك فيه شرطًا، فأقطعه عمر - رضى الله عنه - للناس[1]، ولم يكن بلال عمل شيئًا.

قال صاحب البيان: إذا أقطع أرضًا فأعرض عنه فبناها غيره، فهى للثانى.

وليس للعمال إقطاع إلا بإذن الإمام؛ لأنه كالإعطاء من بيت المال، وإن أقطعه مواتًا طالبه بالإحياء، فإن لم يفعل أو عجز عنه أقطعه غيره؛ إذ ليس له أن يحجر الأرض عن نفعه ونفع غيره. وهذا خلاف النقل المتقدم.

قال: فإن تصدق بها بعد عجزه قبل نظر الإمام، نفذت الصدقة؛ لأن المقصود ألا

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٣ - ١٧٤) فى كتاب الخراج: باب فى إقطاع الأرضين (٣٠٦٢)، والحاكم فى المستدرك (٣/ ٥١٧)، والحديث سكت عنه المنذرى، وفيه كثير بن عبد الله، كذبه أبو داود، وقال الشافعى: ركن من أركان الكذب، وضعفه الحافظ فى التقريب (٢/ ١٣٢)، الخلاصة (٢/ ٣٦٣)، والحديث أخرجه أبو داود فى المصدر السابق من حديث ابن عباس بإسناد حسن، وأخرجه ابن خزيمة (٢٣٢٣)، والبيهقى فى السنن (٤/ ١٥٢) عن بلال ابن الحارث عن أبيه.

تتعطل الأرض من النفع، والمبتاع، والموهوب له يحل محل البائع، والواهب.

قال مالك: لا يقطع الإمام من معمور الأرض العنوة؛ لأنها وقف للمسلمين.

قال ابن القاسم: إنما الإقطاع فى أرض الموات، وبين الخطط كأبنية الفسطاط.

قال: وقال اللخمى: إقطاعها جائز، ولا يصح ذلك على مذهب مالك.

قال صاحب النوادر: قال سحنون: لا يكون الإقطاع فى أراضى مصر، ولا العراق؛ لأن عمر - رضى الله عنه - وقفها للمسلمين.

وأرض[١] الصلح لأهلها الذين أسلموا على أرضهم من غير غلبة[٢] ولا صلح يبقون فيها على حالة إسلامهم عليها بما هو معمور محدود، فملك لربه.

وأما جبالهم وأوديتهم ومراعيهم فتقسم على المواريث، ولا تملك حقيقة الملك.

وأما [أراضى][٣] العرب، فما لم يعرف بحىّ من أحيائهم فلمن أحياه، وما عرف بأسمائهم [٤] من بطون أوديتهم، ومراعيهم، وحازوها بالسكنى من غير زرع، ولا غرس، بل هى مراع وعفاء - فهى لا تملك ملك الموارايث، بل ملك الانتفاع، وفيها: كانت الأئمة تحمى، وتقطع.

وما لم يحز بعمارة من أرض الصلح، فهو لمن أحياه، وكذلك أرض العنوة.

وأصل الإقطاعات: ما تقدم، وأقطع - عليه السلام - الزبير مسيرة عدو فرسه[٥]، وأقطع الخلفاء بعده - أبو بكر، وعمر، وعثمان.

المانع الرابع: التحجير:

وفى الجواهر: فيه خلاف:

---

(١) فى ط: أراض.

(٢) فى ط: غلة.

(٣) سقط فى أ.

(٤) فى ط: بأحيائهم.

(٥) أخرجه أبو داود (٢/ ١٩٤) (٣٠٧٢)، وأحمد (٢/ ١٠٦)، والبيهقى (٦/ ١٤٤)، وقال ابن الملقن فى الخلاصة (٢/ ١١٢): فيه عبد الله بن عمر العمرى، وفيه مقال. روى له مسلم متابعة، وقال أحمد: صالح الحديث. وقال ابن معين: صويلح، يكتب حديثه. وقال ابن عدى: لا بأس به. وقال النسائى: ليس بالقوى. وللحديث أصل فى الصحيح من حديث أسماء بنت أبى بكر - رضى الله عنهما -: أن النبى - صلى الله عليه وسلم - أقطع الزبير أرضا من أموال بنى النضير. ينظر التلخيص (٣/ ١٥٢).

قال عبد الملك: لا يحجر ما يضعف عنه، فإن رأى الإمام لمن حجر قوة على العمارة للذى حجر إلى عامين أو ثلاثة - خلاه، وإلا أقطعه لغيره.

واستحسنه أشهب؛ لأنه مروى عن عمر، رضى الله عنه.

وعن أشهب: لا يكون أولى لأجل التحجير، إلا أن يعلم أنه حجره ليعمله إلى أيام يسيرة، لا ليقطعه عن الناس ويعمله يومًا ما، إلا أن يكون قصده العمارة بعد زوال مانع من يبس الأرض، أو له عمل على الأجر، ونحو ذلك من الأعذار، فهو أحق، فإن حجر ما لا يقوى على عمله، سوغ للناس ما لم يعمل إذا لم يقو على الباقى.

قال ابن القاسم: لا يعرف مالك التحجير إحياء ولا ما قيل: من حجر أرضًا ترك ثلاث سنين، فإن أحياها، وإلا فهى لمن أحياها.

وقال (ش): التحجير بالحائط، والتراب[1] ونحوهما يدل على أنه يريد الإحياء، يصيره أحق به من غيره، فإن تمم الإحياء، وإلا فلا شىء له؛ لقوله - عليه السلام-: «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يُسْبَقْ إِلَيْهِ؛ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[2].

وجوابه: أن الأشياء المباحة لا تملك إلا بالأسباب المملكة لها، وما دون ذلك من العلامات الدالة على إرادة تحصيل السبب، لا يمنع الغير من تحصيله؛ كنصب الشباك للأسماك والطير ونحوهما لا يصير صاحبها أولى، والحديث محمول على من سبق بسبب شرعى، وإلا انتقض بما ذكرناه.

فرع: فى اجتماع التحجير والإحياء:

قال ابن يونس: قال أشهب: إذا حجر، وشرع غيره فى الإحياء، فقام المحجر - فهما شريكان.

المانع الخامس: الحمى:

وفى الجواهر: روى ابن وهب أنه - عليه السلام - حمى النقيع لخيل المهاجرين[3]، وهو قدر ميل فى ثمانية، ثم زاد الولاة فيه بعد ذلك، وحمى

---

(١) فى ط: والشراب.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه البخارى (٥/ ٣١٩) (٢٣٧٠) (٣٠١٣) قال البيهقى: قوله: «حمى النقيع» هو من قول الزهرى. وأخرجه أحمد (٤/ ٧١)، وأبو داود (٣/ ١٨٨٠) حديث (٣٠٨٤)، والحاكم =

أبو بكر- رضى الله عنه - الربذة لما يحمل عليه فى سبيل الله خمسة أميال فى مثلها، وحمى ذلك عمر - رضى الله عنهم أجمعين - لإبل الصدقة يحمل عليها فى سبيل الله - تعالى - وحمى - أيضًا - السرف[١]، وهو حمى الربذة.

وللإمام أن يحمى إذا احتاج للحمى.

قال سحنون: والأحمية إنما تكون فى بلاد الأعراب العفاء التى لا عمارة فيها فى أطرافها؛ حيث لا تضيق على ساكن، وكذلك الأودية العفاء، وكذلك تكون القطائع أيضًا، وكذلك موات أرض الصلح والعنوة إذا لم تحز، ولا جرى فيها ملك.

فائدة: قال الخطابى: النقيع - بالنون - وصحفه كثير من المحدثين بالباء، وإنما هو بالنون، والذى بالباء بالمدينة: موضع القبور. ومعناه بالنون: بطن من الأرض ينتقع فيه الماء فإذا نضب أنبت الكلأ.

ومنه: حديث أبى داود: جمع أسعد الجمعة فى نقيع يقال له: نقيع الخضمات[٢].

البحث الثالث: فى أحكام الإحياء

فى معنى قوله - عليه السلام -: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ»[٣] إنما ذلك فى الصحارى، وأما [ما قرب][٤] من المعمورة، وتشاح[٥] الناس فيه، لا يحيا إلا بقطيعة من الإمام؛ نفيًا للتشاجر بتزاحم الدواخل[٦] عليه، كما فعله عليه السلام فى المعادن.

قال ابن يونس: قيل: يحيى بغير إذن؛ لعموم الحديث.

وقال عبد الملك: لا يحيى أحد إلا بإذن الإمام مطلقًا، غير أن من أحيا فى البعيد عن

= (٢/ ٦١)، والنسائى (٥/ ١٨٣) وفى الكبرى (٣/ ٤٠٨)، وروى أن النبى ﷺ أقطع المهاجرين الدور بالمدينة. عزاه الحافظ فى الفتح (٥/ ٥٨) للشافعى مرسلا، وقال: وصله الطبرانى.

(١) أخرجه البخارى معلقًا (٥/ ٥٤)، وهو من قول الزهرى، وجعله عبد الحق من قول البخارى، وقد أسنده أبو داود (٣/ ١٨٠ - ١٨١)، والحاكم (٢/ ٦١) من حديث ابن عباس وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ورواه - أيضًا - البيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١٤٦).

(٢) أخرجه أبو داود (١/ ٣٤٨) كتاب الصلاة باب الجمعة فى القرى (١٠٦٩).

(٣) تقدم.

(٤) فى أ: قريب.

(٥) فى أ: تشاحا.

(٦) فى أ: الدواعى.

العمارة الذى لا تعلق للعمارة به، فهو له، أو فى القريب نظر الإمام: إما أبقاه، أو أقطعه غيره، أو يبقيه للمسلمين، ويعطيه قيمة ما عمر منقوضًا. وقاله ابن القاسم، ومالك.

وقال أصبغ: لا يحيى القريب إلا بإذن الإمام، فإن فعل أمضيته.

قال سحنون: وحد القريب: ما تلحقه المواشى، والاحتطاب، بخلاف اليوم ونحوه.

فيصير فيها ثلاثة أقوال: القريب والبعيد بغير إذن الإمام، لا يحييهما إلا بإذنه، التفرقة.

والأول قال به (ش)، وبالثانى قال (ح).

والمسألة مبنية على قاعدة:

وهو أنه - عليه السلام - له أن يتصرف بطريق الإمامة؛ لأنه الإمام الأعظم.

وبطريق القضاء؛ لأنه القاضى الأحكم.

وبطريق الفتيا؛ لأنه المفتى الأعلم.

ويتفق العلماء فى بعض التصرفات وإضافته إلى أحد هذه العبارات، ويختلفون فى بعضها، كقوله عليه السلام لهند بنت عتبة امرأة أبى سفيان، لما شكته بالبخل: «خُذِى لَكِ وَلِوَلَدِكِ مَا يَكْفِيكِ بِالْمَعْرُوفِ»[1].

قال مالك، و(ش)، وجماعة: هذا تصرف بالفتيا؛ لأنه الغالب على تصرفه التبليغ، فمن ظفر بحقه من خصمه العاجز عنه أخذه من غير علمه، ويؤكده: أنه لم يلزمها إثبات دعواها، ولا بإحضار خصمها. ولو كان تصرف بالإمامة، أو بالقضاء، لتعين ذلك.

وقال قوم: هذا تصرف بالقضاء؛ فلا يأخذ أحد من مال خصمه شيئًا إلا بإذن القاضى؛ لأنه - عليه السلام - إنما تصرف فى تلك الواقعة بالقضاء، وكقوله - عليه السلام -: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ»[2].

قال (ش): هذا تصرف بالفتيا؛ لأنه غالب تصرفه[3].

وقال مالك: هذا تصرف بالإمامة؛ فلا يستحق أحد سلبًا إلا بإذن الإمام، وخالف

---

(١) أخرجه البخارى (٩/ ٥٠٧) (٥٣٦٤)، ومسلم (٣/ ١٣٣٨) حديث (٧/ ١٧١٤).
(٢) أخرجه البخارى (٨/ ٣٤) (٤٣٢١)، ومسلم (٣/ ١٣٧٠) (٤١/ ١٧٥١).
(٣) زاد فى ط: التبليغ.

أصله السابق، لما تقدم تقريره فى الجهاد.

وكذلك اختلف ههنا: هل هو تصرف بالفتيا فلا يحتاج الإحياء إلى إذن الإمام؟ أو بالإمامة فيحتاج؟

والقائلون بأنه بالفتيا: منهم من راعى قواعد مصلحته، يفرق بين ما فيه ضرر، وبين ما لا ضرر فيه.

ومنهم من لم يراع ذلك.

فهذا الباب فقه هذه المسألة.

ثم تأكد مذهب (ش) بالقياس على البيع، وسائر أسباب الملك لا يفتقر إلى إذن الإمام.

وتأكد مذهب الحنفى بالقياس على الأخذ من مال بيت المال، وبالقياس على الغنائم، ولأنه محل اجتهاد فافتقر للإمام، كاللعان، وضرب الآجال.

ولظاهر قوله – عليه السلام –: «لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلَّا مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ».

والجواب عن الأول: أنه مملوك قبل الأخذ؛ فافتقر إلى إذن.

وعن الثانى: أنه يفتقر إلى إخراج الخمس، وتقرير حقوق الغانمين من فارس، وراجل، بخلاف الإحياء.

وعن الثالث: لا نسلم أنه محل اجتهاد، بل الإحياء محمول على العادة.

وعن الرابع: أنه – عليه السلام – إمام الأئمة، وقد طابت نفسه بالملك؛ لتصريحه بذلك.

فرع: قال اللخمى: إذا عمر بقرب العمارة، أرى: أن ينظر فيه: هل يضر بالناس فى ضيق المرعى والسكن، أو هو شرير يخشى من شره هناك، أو هو مستغن عنه، وغيره محتاج إليه، فيمنع، أو هو بعيد لا يضيق؟ والإحياء للزرع دون البناء ترك.

قال: ولو قيل: إذا أخرج أعطى قيمة بنائه قائمًا، لكان وجهًا؛ لأنه بنى بشبهة، فقد أمضاه أشهب.

قال سحنون: سواء كانت أرض صلح أو عنوة، أو أسلم أهلها عليها، ينظر فى القريب والبعيد؛ لأن العفاء البعيد خارج عما ينعقد عليه الصلح والإسلام؛ لعدم النفع به حينئذ.

فرع: قال: أجاز ابن القاسم إحياء الذمى.

وقاله (ح) ؛ لعموم الحديث إلا فى جزيرة العرب؛ لقوله - عليه السلام -: «لَا يَبْقَيَنَّ دِينَانِ فِى جَزِيرَةِ الْعَرَبِ»[1].

قال مالك: وجزيرة العرب: الحجاز، ومكة، والمدينة، واليمن.

قال عبد الملك: فإن فعل أعطى قيمة عمارته وأخرج، وما عمره فى قرب العمارة أخرج، وأعطى قيمته منقوضًا؛ إذ ليس للإمام أن يقطعه إياه.

وقال ابن القصار: ولا يجوز للإمام أن يأذن له فى الإحياء مطلقًا.

وقاله (ش) ؛ لأن الموات من حقوق الدار وهى دار الإسلام.

وقسنا على الصيد، والبيع، ونحوهما.

ففرقوا: بأن الصيد يخلف فلا يضر بالمسلمين، والأرض لا تخلف، والبيع يقع برضا البائع، ولم يرض الناس ههنا.

قال صاحب النكت: إذا عمر فيما قرب من العمارة:

قال عبد الملك: ينظر فيه الإمام، فإن أقره، وإلا أعطاه قيمته مقلوعًا.

وقال أصبغ: لا يفعل فيما قرب إلا بإذن الإمام، فإن فعل أمضيته.

وقال عبد الملك: يمنع[2] فيما قرب، وإذا أذن له الإمام، أعطى قيمته ونزع منه؛ لأن ما قرب كالفىء، ولا حق لذمى فيه.

النظر الثانى: فيما يستفاد من الأرض من المعادن، والمياه، وغيرها، ودفع الضرر.

وفى الجواهر: المعادن التى فيها الزكاة هى لمن ظهرت فى ملكه عند مالك؛ لأنه من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها، وللإمام يرى فيها رأيه، يعطيها لمن شاء عند ابن القاسم؛ لأجل الزكاة، وما ظهر فيما هو لجماعة المسلمين كالبرارى من أرض العرب والعنوة أقطعه الإمام مدة محدودة، أو غير محدودة، ولا يملك رقبتها، كما يقطع أرض العنوة.

وما ظهر منها فى أرض الصلح أقطعها الإمام؛ لأن الصلح إنما يتناول المعلوم.

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٨٩٢) (١٧) عن عمر بن عبد العزيز مرسلًا. ووصله البخارى (١٣٣٠)، ومسلم (١٩/ ٥٢٩) من حديث عائشة.

(٢) فى ط: وقال عبد الملك: المالك يمنع.

قاله ابن حبيب، ومن لقيه من أصحاب مالك.

وهى هنا لأهل الصلح عند ابن القاسم؛ بناء على أنه تناولها الصلح؛ إذ لا يشترط معرفة كل ما يصالح عليه على التفصيل اتفاقًا. وما لازكاة فيه؛ كالنحاس، أقطعه الإمام عند ابن القاسم؛ لأنه مال لم يتعين مالكه.

وقال سحنون: لا يليها الإمام؛ كالعنبر وجملة ما يخرج من البحر، ولعدم الزكاة فيها.

وقال (ش): المعادن الظاهرة كالملح والقار، لا يقطعها الإمام؛ لأنها كالماء، والباطنة يقطعها.

فرع: قال صاحب البيان: إذا أقطعت المعدن فتركته، وغبت عنه، أو طال عملك فيه وانتفاعك به - فللإمام أن يقطعه غيرك، إلا أن يقطعك حياتك، أو مدة معلومة، فلا، حتى يموت أو تنقضى المدة؛ لأنك ملكت ذلك بحكمه لك به، ولا يقطعه فى السفر القريب؛ لأنه فى معنى الإقامة.

فرع: فى الجواهر: المياه ثلاثة أقسام:

خاص محرز فى الأوانى، والآبار المحتفرة فى الأملاك، فهى كسائر الأملاك. وقاله (ش) وعام منفك عن الاختصاص وهو ضربان:

الضرب الأول: ما طريقه مباحة: كالجارى من الجبل، وبطون الأودية، فيسقى به الأعلى فالأعلى.

قال عبد الملك: يرسل الأعلى جميع الماء فى حائطه، حتى يبلغ كعب من يقوم فيه، فيغلق مدخل الماء وقاله (ش)؛ لما فى الموطأ: قال - عليه السلام - فى سيل مهزور ومذينب: «يُمْسَكُ حَتَّى الْكَعْبَيْنِ ثُمَّ يُرْسِلُ الأَعْلَى عَلَى الأَسْفَلِ»[(١)]. وهما اسما واديين بالمدينة.

ولما روى أن الزبير ورجلًا تنازعا فى شِرَاج - بكسر الشين المنقوطة والراء المهملة - واحدها شرج - بالإسكان -: وهو مجرى الماء من الحرار إلى السهل. وأصله: مجتمع الشيء، ومنه: سمى الدبر شرجًا، والمجرة: شرج السماء،

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٧٤٤) (٢٨) عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم مرسلًا. ووصله أبو داود (٣٦٣٩)، وابن ماجه (٢٤٨٢) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

والحرة: أرض مليسة[(١)] الحجارة سودها.

فقال الأنصارى للزبير: سرح - بالسين المهملة - الماء - أى: أرسله - فأبى الزبير؛ فاختصما إليه - عليه السلام - فقال - عليه السلام - للزبير: «اسْقِ أَرْضَكَ ثُمَّ أَرْسِلِ المَاءَ إِلَى جَارِكَ».

فقال الأنصارى: أن كان ابن عمتك؟ فتلون وجهه - عليه السلام - وقال - عليه السلام -: «يَا زُبَيْرُ، اسْقِ أَرْضَكَ، وَأَمْسِكِ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ الجَدْرَ»[(٢)]، بفتح الجيم وتسكين الدال المهملة.

فوائد: أمر - عليه السلام - قريبه بالمسامحة، فلما لم يقع لها موقع عند خصمه أمر قريبه باستيفاء حقه؛ لئلا يضيع غبنًا.

قال الجوهرى: الجدر، والجدار: الحائط، وجمع الجدار: جدور، والجدر: جدران، كبطن وبطنان، والجذر بالذال المعجمة: الأصل بفتح الجيم[(٣)] وكسرها، وإذا وصل الماء الجذر فقد وصل الكعبين.

وقال ابن كنانة: بلغنا أنه إذا سقى بالسيل الزرع، أمسك حتى يبلغ النعل، وفى النخل والشجر حتى يبلغ الكعبين، وإمساكه فى الجميع إلى الكعبين أحب إلينا؛ لأنه أبلغ فى الرى.

وقال ابن وهب: يمسك الأول بعد رى حائطه من الكعبين إلى الأسفل ثم يرسل.

وعن مالك: إذا وصل إلى الكعبين وروى أرسله كله؛ لحصول المقصود.

وقال سحنون: فإن اختلفا بالانخفاض والارتفاع، أمر صاحبه بتسويته، فإن تعذر سقى كل مكان على حدته[(٤)] إذا لم يكن إحياء الأسفل قبل الأعلى، فلو أحيا الأسفل، ثم أراد غيره أن يحيى فوقه، لينفرد بالماء، وذلك يفسد عليه - منع؛ نفيًا للضرر.

قال صاحب البيان: قاله ابن القاسم، وجوزه أصبغ، وإن لم يكن فى الماء

---

(١) فى ط: مليئة.

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ٤٢) (٢٣٥٩) (٢٣٦٠) (٢٣٦١) (٢٣٦٢)، وفى الصلح (٢٧٠٨) (٤٥٨٥)، ومسلم (٤/ ١٨٢٩) حديث (١٢٩/ ٢٣٥٧).

(٣) فى أ: الذال.

(٤) زاد فى ط: هنا.

فضل؛ لعموم قوله - عليه السلام -: «يُمْسِكُ الأَعْلَى حَتَّى يَبْلُغَ الْكَعْبَيْنِ».

وفى الجواهر: قال سحنون: ويقدم أقدم الموضعين؛ لتقدم استحقاقه، فإن كانا متقابلين:

قال[1]: يقسم الماء بينهما؛ لتساويهما فى الاستحقاق، فإن قابل الأسفل بعض الأعلى، حكم للمقابل بحكم الأعلى، وللآخر بحكمه.

الضرب الثانى: مجراه أرض مملوكة، فهو لمالكها، ويمنعه إن شاء، فإن تعدد المالك، كجماعة حفروا نهرًا يحملونه إلى أرضهم، [أو فى أرضهم][2]، قسموه على قدر أملاكهم بالقلد، وقاله (ش)، ولا يقدم أحد على أحد، وصفة القلد: تخرق قدر فى أسفلها، وتملأ بالماء، وتكون قدر أقلهم نصيبًا مقدار ما يجرى ماؤه على ذلك الخرق؛ فينتفع بالماء كله إلى أن يفنى ماء القدر، ويملأ لهم بقدر حصصهم، أو تثقب خشبة ثقبًا يجرى منها الماء، يأخذ كل واحد بقسطه، ويعمل فى ذلك من الطرق ما جرت به العوائد، والقصد: حصول العدل.

والقسم الثالث: متردد بين العموم والخصوص، وهو بئر الفيافى والبوادى للماشية، لا يباع ولا يورث، بل حافرها أحق بها هو وورثته.

قال عبد الملك: ولا حظَّ فيها للزوج، ولا الزوجة؛ لأنها إنما يقصد حافرها فى العادة الخلف اللازم، والزوجية عارض غير محقق، وما فضل لا يمنع؛ لأن العادة: الصدقة بالفاضل؛ حملًا للحفر على الغالب.

فإن أشهد أنه يريد التمليك:

قال القاضى أبو الوليد: لم أر فيه نصًا والظاهر: أنه ملكه؛ كمن أحيا فى القرب، أو البعد.

فرع: قال صاحب المقدمات: إذا تشاجر أهل البئر فى التبدئة:

قال عبد الملك: إن كانت عادة حملوا عليها، وإلا استهموا، وذلك عندى إذا استوى قعددهم من حافرها، وإلا فالأقرب إليه أحق، ولا حق فيها للزوجين إذا لم يكونا من ذلك البطن.

---

(١) فى ط: قال سحنون.

(٢) سقط فى أ.

فرع: قال: والماجل والجب كالبئر - عند مالك - فى عدم منع الناس من فضله.

وقال المغيرة: له فى الجب؛ لعظم نفقته، وليس ماؤه يخلف كالبئر.

فرع: قال: قال مالك: يبدأ أهل الماء حتى يرووا، ثم المارة حتى يرووا، ثم دواب أهل الماء حتى تروى، ثم دواب المارة حتى تروى، ثم مواشى أهل الماء حتى تروى، ثم الفضل لمواشى الناس.

ويبدأ أشهب دواب المسافرين على دواب أهل الماء؛ لفرط الحاجة بتعينها للسفر، فإن ضاق الماء بُدِّئ من أضر به تبدئة صاحبه أكثر بنفسه ودوابه، فإن استووا فى الضرر سوى بينهم عند أشهب، وقدم أهل الماء عند ابن كنانة بأنفسهم ودوابهم؛ نظرًا لتقدم الاستحقاق، أو استحقاق الماء ضعيف فى أصله؛ فيطرح عند الضرر، فإن قل الماء جدًّا، وخيف الهلاك بالتبدئة، بدئ بنفس أهل الماء بقدر ما يذهب الخوف، ثم المسافرون كذلك، ثم دواب أهل الماء كذلك، ثم دواب المسافرين كذلك.

وروى ابن وهب أنه - عليه السلام - قال: «لَا تُقْطَعُ طَرِيقٌ وَلَا يُمْنَعُ فَضْلٌ وَلابْنِ السَّبِيلِ عَارِيَةُ الدَّلْوِ، وَالرِّشَاءِ، والْحَوْضِ، إِنْ لَمْ يكن له أداة تعينه، ويخلى [بينه وبين][(١)] الركية»[(٢)].

وأهدر عمر - رضى الله عنه - جراحات أهل الماء، وأغرمهم جراحات ابن السبيل، حين اقتتلوا عليه وقال: أبناء السبيل أولى بالماء من أبناء الساقى حتى يرووا.

فرع: قال: هل لأصحاب الأخشاب التى تجرى فى الأنهار جرها وإن أخرقت سداد السمك؟ قولان.

فرع: فى البيان: قال ابن القاسم: إذا جرى فضل مائك فى أرض آخر فغرس آخر عليه، ليس لك منع الفضل بعد ذلك ولا بيعه[(٣)]؛ لتعلق حقه بالغرس، إلا أن يحفر

---

(١) فى ط: بيينه.
(٢) أخرجه الطبرانى فى الكبير (٧/ ٣١٤) (٧٠٦٠) عن سمرة بن جندب، وقال الهيثمى فى المجمع (٤/ ١٢٨): رواه الطبرانى فى الكبير وفى إسناده مساتير.
(٣) فى ط: يبعه.

بئرًا لنفسه، ويجرى فيه الخلاف: هل السكوت إذن أم لا؟

وإن كنت لم تعلم، فلك بيعه له إن كان له ثمن إلا على قول من منع بيع الماء مطلقًا، فإن لم يكن له ثمن قضى له به بغير ثمن.

فرع: فى الجواهر: قال أشهب: يمنع من بيع الحطب النابت فى ملكه، وقاله (ح) ؛ لقوله - عليه السلام -: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِى ثَلَاثٍ: المَاءِ، وَالْكَلأِ، وَالنَّارِ»[1].

وقياسًا على الماء الذى يجريه الله - تعالى - على ظهر الأرض.

وقياسًا على ما يفرخ فى أرضه من الطير ألا يجره ويحمله فيبيعه.

وقال مطرف: يبيع ما فى مروجه، وحماه مما يملك من الأرض، وما سواه لا يجوز بيعه.

وقاله (ش) ؛ قياسًا على صوف غنمه.

قال ابن يونس: الذى يمنعه ويبيعه من الخصب وإن لم يحتج إليه، ما فى حماه ومروجه، وأما ما فى أوديته وفحوص أرضه، فيجبر على إباحته إن استغنى عنه، إلا أن تضر به إباحته فى زرع حوله، وإذا أوقف أرضه للكلأ، فله منعه عند ابن القاسم؛ لأنه قد منع نفسه منافعه منها، وإن لم يوقفها فهو أحق به، ولا يمنعه ولا يبيعه. قاله ابن القاسم، وأشهب.

وقال عبد الملك: الكل سواء، وله المنع.

قال صاحب البيان: الأرض المملوكة أربعة أقسام:

محظرة بحوائط، فله المنع والبيع، احتاج إليه أم لا اتفاقًا.

ومروج القرية وعفاؤها، لا تمنع ولا تباع اتفاقًا، إلا أن يؤذيه دخول الناس إليه.

وأرض ترك زراعتها ليرعاها:

قيل: يمنعه إن احتاج إليه، ويبيع إن لم يحتج إليه.

وقيل: يجبر على تخليته للناس.

وقال أشهب: له المنع إن احتاج إليه دون البيع، وفحوص أرضه التى لم

---

(١) تقدم.

يبذرها[١]، له المنع عند ابن القاسم وأشهب إن احتاج إليه ويبيعه إن لم يحتج إليه.

وعن أشهب: لا يبيع.

فرع: قال صاحب البيان: إذا قدم اثنان إلى الكلأ المباح، فهما سواء، فإن سبق أحدهما فنزله وجعل يرعى ما حوله، أو حفر فيه بئرًا:

قال ابن القاسم: هو أسوة الناس؛ لعدم الحوز.

وقال أشهب: هو أحق بمقدار حاجته؛ لسبقه إن انتجع إليه، وقصده من بعد.

وقال المغيرة: إن حفر بئرًا، فهو أحق، وإلا فلا.

فرع: فى الكتاب: إذا عجز المسافر عن القتال حتى مات، فعلى صاحب البئر ديته، وعليه الكفارة عن كل نفس، والأدب؛ لقوله - عليه السلام - فى الموطأ: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»[٢].

قال ابن يونس: لم ير ابن القاسم أخذ الماء بغير ثمن بخلاف الذى انهارت بئره، مع أن النفس أعظم.

قال: والأولى فى الموضعين: الثمن؛ جمعًا بين المصالح، وقاله أشهب فى المنهار والبئر.

قال بعض القرويين: إنما كانت الدية على عواقل أرباب الآبار[٣]؛ لأنهم تأولوا أن لهم منع مائهم؛ لأنه أمر يخفى على الناس، فلم يتحقق العدوان، وإلا أمكن أن يقتلوهم.

فرع: قال ابن يونس: إذا حرث جارك على غير ماء، فلك منعه فضل ماء بئرك إلا بثمن إن شئت؛ لأنه مغرر، بخلاف الحارث على البئر فتهور، له فضل مائك، فإن لم يكن فضل فلا شىء له.

واختلف فى قوله - عليه السلام -: «لَا يُمْنَعُ فَضْلُ المَاءِ»:

قيل: هو إذا انهارت بئر جارك، كما تقدم، وقيل: البئر بين الشريكين، يسقى هذا يومًا، وهذا يومًا، فيسقى أحدهما فى بعض يومه نخله، فإنه يعطى البقية

---

(١) فى ط: يبورها.

(٢) فى ط: الماء.

(٣) من حديث أبى هريرة أخرجه البخارى (٢٣٥٣) و(٢٣٥٤) و(٦٩٦٢) ومسلم (٣٦/١٥٦٦).

لشريكه، ولا يمنعه ما لا ينتفع به، وليس للذى انهارت بئره تأخير الإصلاح؛ اتكالا عليك، فإن فعل لم يلزمك دفعه، وإن كان نخله لا يهلك[1] ثمره لا يلزمك أيضًا.

فيكون لوجوب الدفع أربعة شروط:

أن يبنى على بئر.

وأن يخشى الهلاك على تقدير عدم الدفع.

وأن يفضل عنك.

وأن يشرع فى عمارة بئره.

وحكى البونى فى شرح الموطأ عن مالك قولين فى وجوب الثمن للماء على الذى انهارت بئره؛ كالمضطر للطعام.

فرع: قال: الآبار ثلاث: بئر ماشية، وشفة، وزرع.

وصاحب الجميع أحق بحاجته. ثم إن جعل الفضل صدقة جعلت فى تلك الجهة، وإلا كان فى منعه المحتاج قولان؛ نظرًا للعادة[2]، أو لأن الأصل عدم التبرع، فإن جعله للصدقة فاحتاج إليه رجل لزرعه وآخر لماشيته، بدئ بأحوجهما، فإن استويا اقتسما، وإن جعل الفضل لأهل الماشية بدئ بها، فإن فضل شىء أخذه أهل الزرع.

وقال عبد الملك فى بئر الماشية: إن تساووا فالقرعة.

قال: وأرى: أن يقسم بينهم، وكذلك فى الزرع، ويدفع كل نصف[3] ضرورته، فإن كان لأحدهما مائة شاة، ولآخر مائتان، اقتسماه نصفين؛ لأن الماء لو سلم لصاحب المائتين هلكت مائة، فالمائة هالكة بكل حال، وكذلك الزرع؛ لأن نصف الزرع للكثير هالك جزمًا. وإن كان يكفى زرع أحدهما ونصف الآخر، اقتسماه أثلاثًا، وإذا لم يكن فضل الماء على وجه الصدقة وشأنهم بيع المياه، فلربه منعه وبيعه.

إلا إن انهارت البئر، فيقضى لربها بالثمن، فإن لم تكن العادة البيع ففى منعه لمالك قولان، وعدم المنع فى الفضل أحسن؛ تكثيرًا للمعروف، إلا أن يخشى من

(١) فى ط: يملك.
(٢) فى ط: لمالك العادة.
(٣) فى أ: صنف.

طول المدة ادعاء الملكية.

ويقدم المسافرون على الماشية إن كانوا على ظهر؛ لأن الماء يخلف بعد ذلك، فإن كانوا نازلين قدمت الماشية إن أضر بها تبدئة المسافرين؛ لقدرة الآدمي على التحيل بخلافها.

وإن كان لا فضل فيه منع المسافرون منه، وإن أضر شربهم بالزرع منعوا؛ لأن الأصل: استحقاق البئر للماشية والزرع، وإنما لغيرهم الفضل.

فإن خيف على المسافرين من ردهم إلى غيره، لم يمنعوا إن فضل عن شرب أهل الموضع، وإنما يحتاجونه للماشية أو الزرع؛ لنفاسة[1] الآدمي عند تعين الهلاك.

فإن نقصت الماشية أو الزرع، ضمنوا النقص؛ كضمان المضطر للطعام، وإن كان فيه فضل، ولو صرف المسافرون إلى غيره هلكوا - فلهم أخذه بالثمن إن كان شأنهم البيع، وإن كرهوا.

وإن لم يكن معهم ثمن وهم فقراء، اختلف:

هل يتبعون إذا أيسروا؛ قياسًا على من وجبت مواساته لفقره؟

وإن كانوا مياسير في بلادهم، اتبعوا، فإن امتنعوا من دفعه[2]، أجاز ابن القاسم قتالهم؛ لمنعهم الواجب.

وكرهه أشهب؛ لأن أحد الغبنين[3] لازم فلا يشرع القتال؛ كالصيال.

فرع: : في الكتاب: الناس أولى بفضل بئر الماشية، وصاحب بئر الزرع أولى بفضله؛ لأن القصد فيه للتمليك آكد.

فرع: في الكتاب: يجوز شراء شرب يوم، أو يومين من عين، أو بئر دون الأصل، وشراء أصل شرب يومًا، أو يومين من النهر؛ لأنه معلوم عادة، ولا شفعة في ذلك إذا كانت الأرض قد قسمت، فإن لم تقسم، وباع أحدهما نصيبه من الماء دون الأرض، أو من الأرض دون الماء - فلا شفعة، وإنما الشفعة في الماء إذا لم تقسم الأرض تبعًا لها؛ لأنه قد يجري مجرى المكيل، والموزون لا شفعة فيه.

فائدة: قال صاحب النكت: يروى نقع بئر ورهو بئر، وهو: الماء الواقف الذي

---

(١) في ط: ونفاسة.

(٢) في أ: دفعها.

(٣) في ط: العملين.

لا يسقى عليه، أو يسقى وفيه فضل، ومنه قوله - تعالى -: ﴿وَٱتْرُكِ ٱلْبَحْرَ رَهْوًا﴾ [الدخان: ٢٤] والماشية إذا لم تشرب الماء لا تأكل الكلأ؛ فصار منع الماء منع الكلأ.

قال صاحب التنبيهات: «نقع البئر» - بالقاف الساكنة بعد النون المفتوحة -: هو المعروف، وروى بالفاء، وهو تصحيف، وهو: كل ما استقر فيها.

وقيل: أصل مائها.

وقيل: الجار تنهار بئره، ولا يمنعه فضله لإحياء زرعه.

وقيل: البئر بين الشريكين يبقى من نصيبه شيء ليس له منعه من شريكه.

وقيل: الموضع الذى يلقى فيه ما يكنس من البئر.

وقيل: مخرج مسيل الماء.

والثلاثة الأول أصل لقوله فى الحديث الآخر: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»[١].

وحمل بعض العلماء هذه الأحاديث على منع بيع الماء على العموم ونحوه فى العتبية.

والكلأ - مقصور مهموز، مفتوح الكاف -: العشب، وما تنبته الأرض مما تأكله المواشى.

فرع: فى الكتاب: لك أرض بين أرضيه[٢]، لك منع جرى الماء فى أرضك من أرضه لأرضه، وكذلك لو كان له مجرى ماء فى أرضك، فأراد تحويله إلى موضع أقرب؛ لأنك مالك لمنافع أرضك فلا يتصرف فيها إلا برضاك.

قال ابن يونس: وعن مالك: له أن يجرى فى أرضك؛ لأنه مروى عن عمر - رضى الله عنه - وعلى هذا يجوز له التحويل إن كان أقرب.

قال اللخمى: إذا أراد تحويله لموضع لا يضر، أو أردت ذلك:

فعن مالك روايتان فى المنع.

وعنه: جواز التحويل دون إنشاء المجرى حذرًا من التحويل.

---

(١) تقدم.
(٢) فى ط: أرضه.

وعن أشهب: إن أحييت بعده بين بئره وأرضه فله إجراء الماء فى أرضك؛ لأنك منعته حقه، وإلا فلا.

فرع: فى الكتاب: لا يمنع من الصيد فى البرك[1] التى فى أرضك؛ لأنه ليس من مكارم الأخلاق، ولا تبيع سمكه سنة؛ لأنه يقل ويكثر، ولك بيع الخصب من أرضك ممن يرعاه عامه ذلك بعد نباته، ولا تبيعه عامين؛ للغرر.

قال ابن يونس: قال سحنون: لك منع الصيد؛ لأنه فى ملكك وحوزك.

وقال أشهب: إن طرحتها فولدت فلك منعها؛ لأنها من مالك وإلا فلا.

قال التونسى: لو وقف غديرًا فى أرضه للحرث فهو أحق به؛ لأنه منع نفسه منافعه.

وسحنون يجوز بيع حيتان الغدر مطلقًا، ولا يراعى أرضه؛ لأنها فى حوزه وملكه.

قال عبد الملك فى مصايد الحيتان: فيما هو فى أرضهم، وإلا فلا، ولو عملوا مصايد من خشب، ليس لهم الحجر على الناس لكن يبدءون، ثم الناس بعدهم.

قال صاحب البيان: ليس لأحد الجماعة على النهر أن ينصب ما يمنع الحيتان عن غيره، وليس هذا مما يستحق بالتقدم؛ لأنه متكرر.

فإن كان النصيب إذا قلع ليس له قيمة، خيروا بين أمره بالقلع والشركة فيه، وإلا خيروا بين إعطائه قيمته مقلوعًا، أو الشركة فيه.

فرع: قال صاحب البيان: إذا كان فى القرية غامر، فأرادوا خرقه وينتفعون به:

قال ابن القاسم: يقسمونه على قدر سهامهم، إن ادعوه لأصل القرية لتتبع الأجزاء الأجزاء؛ كما تبعت الجملة الجملة، وعلى عدد الرءوس إن ادعاه كل واحد لنفسه بعد أيمانهم؛ كسلعة ادعاها إنسان، وكساحة الدار ذات البيوت.

هذا إذا كان داخل القرية، ولا يجوز للإمام إقطاعه؛ لتعلق حقوقهم به.

قال أصبغ: هذا إذا اجتمع جلهم، أو من عليه عماد أمرهم.

والمشهور: كفاية طلب بعضهم؛ كالعرصة المشتركة.

وإن كان خارج القرية، فعن مالك وابن القاسم: هو كالذى داخلها.

---

(١) فى ط: البئر.

وقال أشهب: لا يقسم، وإن اتفقوا؛ لما فيه من الرفق بعامة المسلمين بالاحتطاب والرعى، إلا أن يثبت أنه من حيز قريتهم[(١)]؛ فيقسم على ما تقدم، فإن كان بين قريتين شرقية وغربية، أو شمالية وجنوبية جرى على الخلاف فى جواز قسمته، غير أنه لا يقسم بالسهم، بل يعدل بالقيمة، ويجعل نصيب كل قرية مما يليها؛ نفيًا للضرر بدخول بعضهم على بعض.

قال ابن حبيب: الشعارى المتوسطة بين القرى لا تجرى مجرى الموات ولا يقطعها الإمام؛ لتعلق حقوقهم بها، إنما الموات: العفاء، وما لا يتناوله مواشيهم.

وجوز الفضل إقطاع ما قرب من القرى، فإن كان الغامر [حدًّا للقريتين][(٢)] ليس بينهما، فعلى الخلاف فى جواز القسمة.

وإن قلنا بها فلا يقسم بالسهم، بل يعدل لكل قرية ما هو جارها، ولا خلاف أن الفحص العظيم يرعى فيه الناس ويحتطبون، لا يقسمه أهل المنازل المحيطة به، ولا أن يرتدوا إلى غامرهم منه، فيملكوه؛ لضرر ذلك بالناس، وإنما الخلاف فيما شأنه أن يكون من حيز المنازل.

وفى النوادر: قرية فيها ذميون ومسلمون ولها بور:

قال ابن كنانة: إن كانت عنوة فالبور للمسلمين؛ لأن أهل الذمة لا حق لهم فى العنوة.

قال سحنون: هذا فى بور ملكه أهل العنوة، وحموه.

قال ابن كنانة: فإن كانوا صلحاء فالبور لأهل الذمة إلا أن يحوزه المسلمون عنهم الزمان الطويل؛ لأن عقد الصلح يتناول الأرض وحريمها.

فإن قال أهل الذمة: نحن أحق بالشَّعْراء؛ لأنا على صلح، والمسلمون على عنوة:

قال عبد الملك: لأهل الصلح من الشَّعْراء ما يليهم بقدر ملكهم من القرية، ولا شىء لهم فيما بعد منها، وما يلى المسلمين فلجماعتهم إذا لم يوقفوه.

كما فعل عمر - رضى الله عنه - بمصر[(٣)]، والعراق، بقدر ملكهم من القرى مما قرب؛ لأنه من حقوق القرى، وما بعد موات.

---

(١) فى ط: خير.
(٢) فى ط: حذاء القريتين.
(٣) فى ط: لمصر.

والصلح والعنوة إنما يدخلان فى المعمور وحريمه، فإن جهلت القرية: أصلح أم عنوة؟ وفيها المسلم، والذمة، والوارث، وغيره، وكل يدعى الشعراء لنفسه، أو بعضها - قسمت على عددهم من الذكر، والأنثى، والصغير، والكبير ممن بلغ أن يكون له كسب؛ لتساوى دعاويهم.

قال ابن القاسم: إذا خرج أحد أهل القرية، فبنى فى أرض خارجها بأميال، وسكن، وبين موضعه وبين القرية شعراء، كان هو وأهل القرية يرعون فيها، فتشاحوا - فالشعراء للقرية، ولا أقسم له منها شيئًا لأنها من حريم القرية، وقد أعرض عن القرية فبطل حقه من حريمها.

فرع: قال صاحب النوادر: قال ابن القاسم: خربة بين القرى لم تعمر منذ دخل العرب، ولها بياض نحو ثلاثين إردبًا، وبئر، فعمرها صاحبها، أو ابتاعها منه، وطال انتفاعهم جميعًا بشعراء بين الخربة والقرى نحو ثلاثين سنة، ثم تشاحوا - فلا حق لصاحب الخربة فى الشعراء، ولو كانت مسكونة منذ دخل العرب فله[1] حق فى الشعراء، إلا أن العمارة هى التى توجب استحقاق الحريم[2]، وما عمر رب الخربة فى الشعراء وهو يرى أنه له حق، فله من أهل القرى قيمة عمارته، إن كانت لم تعمر منذ دخل العرب.

وقال ابن نافع: الخربة وغيرها سواء فى الشعراء؛ لأنه لا يوجب فى الشعراء حقًا بجوار، وكذلك الكنائس العامرة، والمحارس، والصيد لا حق لها فى الشعراء، ولكن يترك للخرائب، ولجميع ذلك من الشعراء طرقها وأفنيتها ومداخلها، ومخارجها، إلا أن تقوم بينة أن لها من الشعراء شيئًا؛ لأن هذه المواضع لم توضع للسكنى بخلاف القرى.

فلو عمر أهل الخرائب خرائبهم حتى صارت قرى قبل قسمة الشعراء، فلهم مقاسمة القرى فيها؛ كما لو أقطع الإمام فى حواشى الشعراء مواتًا، فعمر قرية، فله نصيبه من الشعراء إذا جاورها، إلا أن يكون فيها النفر اليسير؛ فلا[3] يقسم لهم إلا الاستطراق، قاله ابن القاسم، وسواها ابن نافع بالقرى فى القسمة.

---

(١) فى ط: فلها.
(٢) فى ط: الغريم.
(٣) فى أ: ولا.

فرع: قال: قال عبد الملك: ذمى له قرية، وخربة باعهما من رجلين، فتنازعا الشعراء التى بينهما - يعطى للخربة حقها؛ لأن ملكه[(١)] انتقل إليهما على صورته فى الحقوق بخلاف الخربة التى لا يعرف لها فى الإسلام عمارة.

ولو قامت بينة أن هذه الخربة انجلى عنها أهلها كان لها حق.

فرع: قال: قال عبد الملك: اشترى خربة واشترط غامرها، فبناه، وقطع شجره، فظن أهل القرية أنه استحق ذلك بالإحياء، ثم تبين أنه حق لهم - فللمشترى التمسك بالخربة بقسطها من الثمن، ويرجع بالفاضل، وله رد الجميع؛ لدخول العيب عليه، وله أخذ عمارته فيما قطع منها، فإن بنى أو غرس فيها، فله قيمة ذلك.

فرع: قال: قال عبد الملك، [فى] قرية لها شعراء، وأحاطت أرض بعضهم ببعض الشعراء فصارت فى وسط الأرض -: هو أحق بما أحاط [به][(٢)] فى أرضه من نواحيها كلها؛ لئلا يتطرق على ملكه الطرق، فإن كان يدخل إليها من غير أرضه فلا؛ لعدم الضرر.

والمروج والأحمية والأودية فى القرى، كالشعراء، إذا أحاطت أرضه بذلك من كل جانب.

فائدة: الغامر - بالغين المعجمة - ضد العامر - بالعين المهملة - كالصالح والطالح.

فرع: قال صاحب البيان: إذا عمر فى غامر القرية غير أهلها بحضورهم، فهو كمن حاز مال غيره، وهو حاضر، غير أن مدة الحيازة ههنا أطول مما يعتذر به من افتراق سهامهم، وقلة حق كل واحد منهم، ودون مدة الحيازة على الأقارب، والأصهار.

وهذا إن ادعى شراء ذلك منهم، أو هبة، وإلا فليس ذلك له، على أصل ابن القاسم: أن غامر القرية لأهل القرية.

وعلى قول ابن وهب، وغيره: فى أنه لا يكون لهم، ولا يقسم[(٣)] إلا أن يثبت أنه لهم، فما عمره له، وإذا أخرجوه هل له قيمة بنائه منقوضًا أو قائمًا؟ وهو الأظهر إن

(١) فى ط: مسلكه.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: بقسمه.

قاموا بحدثان العمارة.

النظر الثالث: فى التزاحم فى الحيطان، والسقوف، وغيرها، ودفع الضرر فى ذلك:

وفى الكتاب: إذا أرسل فى أرضه نارًا فوصلت إلى زرع جاره، فأفسدته - فإن كانت بعيدة يؤمن وصولها وإنما حملها ريح أو نحوها، لم يضمن؛ لأنه لم يفرط، وإلا ضمن؛ لأنه متسبب، ومن قتل فديته على عاقلته.

قال ابن يونس: قال أشهب: لو قاموا للنار ليردوها، فأحرقتهم، فدمهم هدر، لا دية ولا غيرها.

قال اللخمى: وافق أشهب ابن القاسم فى النار، وخالفه فى الماء.

وقال: إن كان يسير الماء بالرد، فأغفل حين تسريحه ضمن، وإن وليه الخدمة ضمنوا[1]، وإن حبسه فتحامل على الجسر بغير خرق ولا ضعف من الجسر، لم يضمن، وإن كانت أرض جاره مجسرة، فتحامل الماء بالريح، أو بالزيادة، لم يضمن؛ لأنه ليس من سببه.

فرع: فى الكتاب: يمنع فتح كوة[2] يكشف منها الجار، وكتب عمر - رضى الله عنه - أن يوقف على سرير فإن نظر إلى ما فى دار جاره، منع؛ نفيًا للضرر، وإلا فلا؛ لأنه تصرف فى ملكه. ولا يمنع من رفع البنيان، وإن منع عنك الهوى أو الشمس؛ لأنه تصرف يتوقع فيه غرض صحيح فى ملكه، بخلاف فتح الكوة.

ولأن الضرر لا يدفع عنك بضرره، بل أنت بالضرر أولى؛ لعدم الملك.

قال ابن يونس: قال ابن كنانة: إلا أن يكون رفعه يضر بجاره ولا نفع له، فيمنع؛ لتعين الفساد.

وفى كتاب تضمين الصناع: لو كانت الكوة قديمة، لم يعرض[3] له ولو أضرت؛ لرضاهما بذلك، وقيل: يمنع؛ لرضاهما بما لا يحل.

وقال بعض أصحابنا: يمنع من سد الطاقات ببنيانه، وكذلك إذا أوجب إظلام المنزل، خلافًا لما فى المدونة.

---

(١) فى ط: ضمن.
(٢) فى ط: الكوة.
(٣) زاد فى ط: من.

قال التونسي: الأثر الذى فى نصب الأسرة لعله فى موضع يمكن فيه نصب الأسرة، وأما المجارات فإنما يعتبر فيها إدراك القائم [دار الجار](١)، فيمنع(٢)؛ وإلا فلا، فإن بنى جوار الأندر ما يمنع مهب الريح للتذرية، منعه ابن القاسم فى الأندر المتقادم؛ لثبوت حقه فى الهواء، وهو المقصود منه؛ لتصفية الزرع وإصلاحه، بخلاف المسكن، مقصوده: الستر والصون.

وجوزه عبد الملك؛ لإمكان صرف منفعة الأندر إلى غير ذلك.

ومنع عبد الملك إحداث الأندر حول الجنان؛ لأنه يضره بتبن التذرية، كإحداث الحمام والفرن.

ولا يمنع الدقاق والغسال يؤذيان جارهما بضربهما لخفته، بخلاف نتن الدباغ، ويمنع ضرر تبن الأندر بالجنان، ولو كان الجنان طارئًا؛ كما كان له قبل البناء منعه من وقع التبن فى أرضه.

وإذا لم يكن لك منعه من الكوة، فلك أن تبنى فى ملكك ما تسدها به. قاله ابن القاسم؛ كما لو رفع البناء، وإن ستر الريح، والشمس.

ومن له غرفة يطلع منها، أو من كواها على جاره وهى قديمة قبل دار الجار؛ لأن الجار إنما ملك معيبًا، وإن كانت، أو الكوة محدثة أمر بإزالتها أو سترها.

ولو كان لجارك يوم بنيت الغرفة أو كواها دار قائمة فأراد منعك؛ لتوقع ضرره إذا بنى - ليس له ذلك قبل البناء ولا بعده؛ لأنها منفعة سبقت إليها.

وقال مطرف: له منعك قبل البناء وبعده؛ لنفى الضرر عنه، فلو سكت قبل البناء له المقال بعده، إلا أن تكون اشتريت الغرفة على ذلك، وإنما له منعك فى إحداثها.

قال عبد الملك: إذا باع داره، وقد أحدث عليه جاره الكوة، أو مجرى ماء، أو غيره، فلم يخاصم حتى باع، ليس للمشترى القيام؛ لأنه إنما اشترى معيبًا، فحقه ساقط فى العيب والضرر.

ولو خاصم، ولم يتم له الحكم حتى باع، فللمشترى القيام؛ لأنه تنزل منزلته.

قال التونسي: كيف يصح البيع قبل الحكم وهو شراء خصومة؟ إلا أن يريد أنه

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: فيمتنع.

لا خصومة فى ذلك، وأن الأمر توجه للبائع فباع، وأعلم المشترى أن له سد ما أحدث عليه.

وفى الكتاب: ما أحدثه فى عرصته من فرن، أو حمام، أو رحى ماء، أو كير للحديد، أو بئر، أو كنيف - منع من ذلك ما أضر منه بالجار، واستخف اتخاذ التنور.

قال سحنون: إذا قال: أسد الكوة من وراء الباب أو بلبنة، منع؛ لأنه يشهد له بعد مدة فيقال: لم يزل هذا الباب ههنا.

فرع: قال اللخمى: إذا أخذت إلى دارك شيئًا مما بين الآدر[1] من الرحاب، والشوارع - جاز، إلا أن يضر بأهل الموضع، أو المارة فيهدم قاله مالك؛ لأن أصله على التمليك بالإحياء حتى يتعين الضرر.

وعنه: الكراهة إن لم يضر، فإن نزل مضى، وهو ظاهر قول ابن القاسم.

ومنعه سحنون، وقال: يهدم؛ لقوله - عليه السلام -: «مَن اقْتَطَعَ مِنْ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ أَفْنِيَتِهِمْ شِبْرًا مِنَ الأَرْضِ طَوَّقَهُ الله يَوْمَ القِيَامَةِ من سَبْعِ أَرضِينَ»[2] وليس هو فى الصحيح.

وللجواز قوله - عليه السلام - فى البخارى: «إِذَا تَشَاحُّوا فِى الطَّرِيقِ فَسَبْعَةُ أَذْرُعٍ»[3].

فَرع: قال التونسى: قيل من دعا إلى قسمة بور القرية الذى يرتفق به، أجيب؛

---

(١) فى ط: الأندر.

(٢) أخرجه الطبرانى فى الكبير والمصنف عن الحكم بن الحارث السلمى، كما فى مجمع الزوائد للهيثمى (٤/ ١٧٩) بلفظ: [من أخذ من طريق المسلمين شبرا جاء به يحمله من سبع أرضين] وقال: فيه محمد بن عقبة الدوسى: وثقه ابن حبان، وضعفه أبو حاتم، وتركه أبو زرعة. وبلفظ: «من اقتطع شبرًا من الأرض ظلمًا، طوقه الله إياه يوم القيامة من سبع أرضين»، وهذا حديث متفق عليه:

أخرجه البخارى (٥/ ١٢٣) فى المعالم: باب إثم من ظلم شيئًا من الأرض (٢٤٥٢)، وفى (٦/ ٢٩٣) فى كتاب بدء الخلق: باب ما جاء فى سبع أرضين (٣١٩٨)، ومسلم (٣/ ١٢٣١) فى المساقاة: باب تحريم الظلم وغصب الأرض (١٤٠/ ١٦١٠)، والبيهقى فى السنن (٦/ ٩٨ - ٩٩) والطبرانى فى الصغير (١/ ٩٩) وأبو نعيم فى الحلية (١/ ٩٩).

(٣) هو من حديث أبى هريرة أخرجه البخارى (٢٤٧٣)، وأحمد (٢/ ٤٩٥) من طريق عكرمة عنه، وأخرجه مسلم (١٤٣/ ١٦١٣) من طريق يوسف بن عبد الله عن أبيه عنه، وأخرجه أحمد (٢/ ٤٢٩، ٤٦٦، ٤٧٤)، وأبو داود (٣٦٣٣)، والترمذى (١٣٥٦) من طريق بشير بن كعب عنه، وله طرق أخرى.

لأنه[١] كفناء الدار بعد قسمة البيوت.

وقيل: لا، كالشارع.

وقيل: إن كان داخلًا فى القرية وهى محتفة به قسم وإلا فلا.

فرع: قال: قال أشهب: إذا حفرت فى دارك ما يضر بجارك، فليس لك ذلك إذا وجدت منه بدًا، ولم تضطر إليه؛ نفيًا للضرر، وإلا فلك؛ لأنه يضر بك تركه كما يضر به فعله، وأنت مقدم بالملك.

ومنعه ابن القاسم، وهو أولى؛ لأن الجار سبق إلى تلك البقعة[٢] فلا تفسدها عليه.

فرع: قال: ليس لك فى الزقاق غير النافذ فتح باب ولا تعدية[٣]؛ لقوة حق أهله فيه بانحصاره لهم، ولك ذلك فى النافذ ما لم تضيق الفناء.

ومنعه سحنون إذا كان قبالة باب رجل، وإلا جاز.

ولك فتح حوانيت فى دارك للشارع النافذ كالباب. قاله ابن القاسم فى المدونة؛ لأن أصل الشوارع على الإحياء حتى يتعين الضرر، وله تحويل بابه فى غير[٤] النافذ حيث لا يضر بجاره.

ومنع سحنون الحانوت فى النافذ إذا أضر بالجار بجلوس الناس عليه.

فرع: قال: قال أصبغ: لك [٥]شجرات فى أرض رجل أراد التحجير على أرضه بجدار، منع، إن كانت مجتمعة لا يضر به تركها فى القرب والبعد، والسهولة، وإلا فلا؛ لأن الضرر إذا تعين على الشريكين حمل على أيسرهما نصيبًا، ويفتح لك بابًا إليهما، ويكون غلقه بيدك إن طلبت ذلك، وإن كانت شجرك كثيرة غياضًا فليس له التحجير عليها؛ لأن أكثر الضرر عليك.

= وفى الباب عن ابن عباس أخرجه أحمد (١/ ٢٣٥، ٣٠٣، ٣١٧)، وابن ماجه (٢٣٣٩) وسنده ضعيف.

(١) زاد فى ط: حقه.

(٢) فى ط: المنفعة.

(٣) فى ط: نقبه.

(٤) فى ط: بئر.

(٥) فى أ: كل.

فرع: قال: إذا أضرت شجرة جارك بجدارك، وهى أقدم من جدارك على ما هو عليه اليوم من الانتشار - لا تقطع؛ لأنك إنما ملكت معيبًا، فإن زادت الأغصان بعد بناء الجدار شمر ما أضر بالجدار، مما حدث بعد البناء؛ لأنه غير المدخول على ضرره.

وقال عبد الملك: إذا كانت أقدم لا يتعرض لما زاد؛ لدخوله على الزيادة، وإن كانت محدثة قطع منها ما أضر.

وأما الشجر التى تكون فى الأرض بميراث، أو شراء، أو قسمة، فامتدت حتى سترت الأرض بالظل - فلا قول لصاحب الأرض؛ لأن الشجر هذا شأنها فى الأرض.

ووافقنا (ش) غير أن بعض الشافعية قال: إذا كانت أغصان الأشجار[1] الحادثة بعد البناء لينة، يمكن كفها بلا قطع؛ لإزالة الضرر بالكف، وإن لم يمكن فلا يجب القطع بل يؤمر بإزالة الضرر، فلعله يؤثر قطع الشجرة من أصلها؛ لتبقى له الأغصان طوالًا، فإن امتنع فهل للمضرور الإزالة؟ إن لم يكن قطع بخلا بالقيمة فله، وإلا فلا، بل للحاكم. فلو انتقلت الدار المضرورة من صاحب الشجرة فى ابتداء نشأتها، ثم عظمت حتى أظلت - لا مقالة له؛ لدخوله على ذلك، وما أظن أصحابنا يخالفونه فى هذا الفقه؛ فإنه مقتضى القواعد.

وقد قال ابن يونس: قال مطرف: إذا حدث لها أغصان بعد بنيان الجدار تضر بالجدار، شمر ما أضر فقط مما حدث.

وقال عبد الملك: يترك وإن أضر؛ لأنه قد علم أن هذا شأن الشجر، ودخل عليه، وكان هذا من حريمها قبل بناء الجدار.

وفى كتاب ابن حبيب: إن عظمت الشجرة طولًا إلى السماء فلا مقال؛ كالبنيان يستر الريح والشمس.

قال أصبغ: لك شجرة فى أرض رجل، فعظمت ارتفاعًا أو انبساطًا حتى أضرت بالأرض، لا قول لصاحب الأرض.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا نبع من بئرك أو عينك فى أرض جارك من غير

---

(١) فى ط: الشجرة.

سبب منه، ليس لك سدها، وإن تسبب فى ذلك سددتها.

وقال أصبغ: إذا خرج فى أرض جارك قضيب من شجرة فى حائطك من تحت الأرض، فصار شجرة، خير جارك فى قلعها، أو يعطى لك قيمتها؛ لأنها من عين[١] مالك المعصوم.

والماء لا يملك إلا بالحوز، وما خرج منه لجارك لم تحزه، ولو كانت إذا قطعت وغرست نبتت، فلك قلعها، ولا تخير.

وقال فى المجموعة: يعطيك قيمتها مقلوعة ما لم يضر بك بأن تشرب من عندك، وإلا فلك قلعها إلا أن يقطع عروقها المتصلة بشجرك، وتعطى قيمتها مقلوعة.

فرع: قال: قال مطرف: يمنع ما أضر بالناس، من إحداث الأبرجة تضر بالزرع، أو النحل تضر بالشجر، وكذلك الدجاج والإوز الطيارة، بخلاف الماشية؛ لأن الاحتراس منها ممكن، ودخل الناس عليه فى العادة.

وجوز ابن القاسم اتخاذ النحل والحمام؛ قياسًا على الماشية، وعلى [أهل][٢] القرية حفظ زرعهم، وشجرهم.

فرع: قال: قال مالك: إذا سقط الجدار بينكما، وهو لأحدكما، لم يجبر على بنائه؛ لأنه لا يجب عليه سترك بملكه، أو لكما: جبر الممتنع على البناء مع صاحبه؛ لأنه من أحكام الشركة.

وفى العتبية: إذا كان لأحدهما، فهدمه، أو انهدم بغير فعله، وترك رده ضررًا، وهو قادر على بنائه - جبر على رده، فإن عجز، ستر الآخر على نفسه بالبناء فى حقه، وإن هدمه للضرر، أجبر على الإعادة، أو هدمه لنفعه، ثم عجز أو استغنى عنه، لم يجبر.

قال ابن حبيب: لا يجبر عند ابن القاسم إذا انهدم.

ويجبر عند ابن كنانة، وأجمعوا على الإجبار إذا هدمه للضرر.

وعن ابن كنانة: لا جبر[٣] إذا كان لهما أيضًا؛ لأن الإنسان لا يجبر على تجديد ملكه.

---

(١) فى ط: غير.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: يجبر.

وفى المجموعة: إن كان بينهما، وانهدم بغير فعله، لا يجبر، ويخير فى المشترك[1] بين البناء، والبيع، والمقاسمة؛ جمعا بين المصالح.

فرع: قال: إذا اختلفتما فى جدار بينكما، وعقد بنائه إليكما - فهو لكما بعد أيمانكما؛ لاستوائكما فى السبب. أو لأحدكما [فقط فهو له، أو منقطعًا عنكما فلكما؛ لاستوائكما، وإن كان لأحدكما][2] فيه كوة، فهو لمن فيه مرافقه.

وإن كانت الكوة لكما فهو بينكما[3]، ولو كان لأحدكما فيه خشب، ولا عقد لأحدكما، فهو لمن عليه حمله، [وإن كان حملكما عليه، فهو بينكما][4]. فإن كان لأحدكما عشر خشبات وللآخر سبعة، ترك على حاله، لا يزيد أحدكما خشبًا إلا برضا صاحبه، وإن انهدم بنياه جميعًا على حاله، ويقال للمتنع: بع الدار كلها ممن يبنى.

واختلف قول سحنون فى الحمل: هل هو دليل أم لا؟

وفى كتاب ابن سحنون: إذا كان وجه البناء لأحدكما، وللآخر ظهره فهو بينكما، ولم يجعل وجه البناء دليلًا.

والحائط لمن له الباب فيه، وإن لم يعلم لمن الباب فهو بينهما نصفان.

وقال أشهب: إذا كان لأحدهما عليه عشر خشبات، وللآخر خمسة أو خشبة، فهو بينهما نصفان.

وقال من خالفنا: هو لصاحب الكثير إلا موضع الخشبة.

وقال سحنون: فى الكوى غير المنفوذة نظر.

قال سحنون: إذا كان حائط حذوه حائط، وعقد أحدهما لأحدكما، وعقد الآخر لجهة الآخر - قضى لكل واحد بالحائط الذى إليه عقده، وإذا أراد من له العقد، وعليه حمل لغيره - البناءَ على الحائط: امتنع إن أضر بحمل الآخر، وإلا فلا.

وإذا كان حائط بينكما، فأردت الحمل عليه ما يمنع الآخر حمل مثله عليه - يمتنع، إلا أن يأذن لك، وإن لم يمنعه من حمل مثله جاز، وإن لم يأذن.

---

(١) فى أ: الشريك.
(٢) فى أ: لكما.
(٣) سقط فى أ.
(٤) سقط فى أ.

قال عبد الملك: لا، فإن أردت أن تحمل عليه ما لا يحمل الحائط مثله [للآخر، ويضعف الجدار، وأردت هدمه وبناءه للحمل عليه ما يحمل عليه للآخر مثله فلك][1] ذلك وإن كره؛ لأنك تسعى فى مصلحتكما ويبقى الجدار بينكما كما كان.

قال سحنون: إذا كان لكما عليه خشب، وخشبك أسفل من خشبه، فأردت رفعه قبالته - لك ذلك وإن كره.

فإن أنكر صاحب الأعلى أن يكون لصاحب الأسفل من فوق خشبه شىء، صدق مع يمينه؛ لحوزه لما فوق خشب الأسفل.

فرع: قال: إذا اعتل السفل وأردت إصلاحه، فعليك تعليق الأعلى ببناء أو غيره؛ لأن عليك الحمل، وكذلك لو كان على العلو، [علق][2] بحمل الأعلى على الأوسط إذا اعتل الوسط.

فرع: قال: قال سحنون: إذا أردت تلييس الحائط[3] من دار جارك، فليس له منعك؛ لأنه يجب عليه تمكينك من ملكك؛ كما لو ألقت الريح ثوبك فى داره، ليس له منعك من الدخول له، أو يخرجه إليك.

فرع: قال: قال سحنون: إذا كانت خربة بين الدور، فامتلأت من قمامة الناس، وأضر ذلك بجدار جار الخربة، فطالب صاحب الخربة بإزالة الضرر عنه بالتنظيف، فقال: ليس هذا من ترابى - لا ينفعه ذلك، وينظف؛ لأن الضرر الآن من جهته.

وقال - أيضًا -: على الجيران كنسه، يؤخذ الأقرب فالأقرب على الاجتهاد.

فرع: قال: إذا ارتدم السفل من الطريق، وضاق عليه مدخله - فعلى صاحب العلو أن يوسع له فى هواه وبنيانه بثمن يدفعه إليه، قاله ابن عبدوس.

وقال - أيضًا - فى قناة رجل تجرى على آخر، فاحتاج الذى تجرى عليه القناة لردم داره؛ لأن الطريق علت عليه: له ذلك، ويقال لصاحب القناة: أعل دارك إن شئت، وإلا فلا شىء لك.

وقال ابن اللباد: القياس: ألا يفعل إلا بإذن صاحب القناة؛ لحقه فى جرى القناة.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: حائط.

فرع: قال: قال يحيى بن عمر: إذا نقل المطر ترابك، فسد به على آخر مخرجه- لا تجبر على نقله؛ لأنه ليس من فعلك، بل لك نقله؛ لأنه ملكك.

فرع: قال: إذا كانت دار بجنب دار مشتركة، فأراد غلق باب الدار المختصة به، وفتحه فى الدار المشتركة - لشريكه منعه؛ لحقه فى موضع الفتح، قاله مالك.

وجوز فتحه فى حائط دار نفسك، لتدخل دار الشركة.

قال: وفيه نظر؛ لأنه قد يطول الأمد، فيظن أن فتحه حق على دار الشركة. ولو قسمت الدار المشتركة، فأردت غلق بابك وفتحه فى النصف الذى حصل لك:

قال مالك: إن أردت الرفق جاز، أو تجعله سرًّا للناس امتنع؛ لضرر الشريك فى نصفه.

قال: ومراده: أنك تخرج من ذلك الباب إلى باب دارك؛ لأنك تخفف عن صاحب النصف الآخر بعض المرور، فقد كان لك سكنى نصيبك، وتخرج بأهلك منه، أما لو عطلت الخروج من باب دارك امتنع؛ لأن ضرر عيالين أكثر من ضرر عيال.

فرع: فى الجواهر: يجوز إخراج الرواشن والأجنحة على الحيطان إلى طريق المسلمين؛ لأن عمر - رضى الله عنه - قضى فى الأفنية لأرباب الدور.

وفسره ابن حبيب: بالانتقال من المجالس، والمرابط، وجلوس الباعة فيها للبياعات الخفيفة دون الحيازة بالبنيان والتحظير.

والسكة الممتدة[1] كالملك المشترك بين سكان السكة يمنع إخراج الجناح إليها وفتح باب جديد فيها إلا برضاهم، ولو فتح باب دار له أخرى إلى داره التى فى السكة الممتدة ليرتفق به، لا ليجعله كالسكة النافذة - جاز.

قاعدة: حكم الأهوية حكم ما تحتها، فهواء الوقف وقف، وهواء الطلق طلق، وهواء الموات موات، وهواء المملوك مملوك.

ومقتضى هذه القاعدة: أن يمنع بيع هواء المساجد والأوقاف إلى عنان السماء لمن أراد غرس خشب حولها، ويبنى على رءوس الخشب سقفًا وبنيانًا، وأن يمنع إخراج الرواشن؛ لأنها فى هواء الشارع الذى يمنع فيه الاختصاص، غير أن المنع

---

(١) فى ط: المستدة.

ثمت لنفى الضرر، وإلا فأصله موات يقبل الإحياء، ولا ضرر فى هوائه فجوز[(١)] التصرف فيه.

فرع: قال: قال سحنون: لك داران متقابلان على يمين الطريق وشماله، لك أن تبنى عليهما سباطًا تعمل عليه غرفة، ونحوها.

فرع: قال: الجدار لك بين الدارين لا يتصرف فيه جارك إلا بإذنك، فإن استعاره لوضع جذعه عليه لم تلزمك الإعارة؛ لأن الإنسان لا يجبر على دفع ملكه إلا لضرر الغير، ولا ضرر ههنا.

ولهذه القاعدة حمل قوله - عليه السلام -: «لَا يَمْنَعَنَّ أَحَدُكُمْ جَارَهُ مِنْ وَضْعِ خَشَبَةٍ عَلَى جِدَارِهِ»[(٢)] - على الندب.

وإذا أعرت لا ترجع إلا لضرورة تعرض لجدارك، ولم ترد الضرر؛ لأن العارية تمليك منافع، وروى: ليس عليك نزعها وإن طال الزمان، احتجت إلى جدارك أم لا، مت أو عشت، بعت أو ورثت؛ حملًا للنهى فى الحديث على التحريم ووجوب تمليك المنفعة.

وأما الجدار المشترك، فليس لأحدكما الانتفاع به إلا برضا صاحبه؛ لأنه تصرف فى ملك الغير، ويجبر على قسمته عند التنازع الممتنع منهما؛ تحصيلًا للانتفاع بالملك.

وقال أصبغ: لا يقسم إلا عن تراض، وبالقرعة؛ لتوقع الضرر فى قسمة الجدار ويخير[(٣)] الممتنع من العمارة بين العمارة، والمقاواة، والبيع ممن يعمل، أو يباع عليه من حقه ما به يعمل باقى حقه، ولا تمتنع أنت من الانتفاع بحقه؛ لضرره بذلك، وأما ما ينقسم فيقسم بينكما.

واختلف فى الحائط بينكما يحتاج للإصلاح:

قيل: يجبر الممتنع؛ نفيًا للضرر.

---

(١) فى ط: فيجوز.

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ١١٠) فى المظالم: باب لا يمنع الجار جاره (٢٤٦٣)، ومسلم (٣/ ١٢٣٠) فى المساقاة: باب غرز الخشب فى جدار الجار (١٣٦/ ١٦٠٩)، ومالك فى الموطأ (٢/ ٧٤٥) فى الأقضية: باب القضاء فى المرفق (٣٢).

(٣) فى ط: ويجبر.

وقيل: لا، بل يصلح من أراد فى حقه.

فرع: قال: إذا انهدم السفل والعلو، جبر صاحب السفل على البناء، أو بيع ممن يبنى، حتى يبنى صاحب العلو؛ لأن عليه حمل العلو، وعليه الخشب، والجريد.

قال أشهب: وباب الدار.

قال ابن القاسم: وعليه السلم، إذا كان له علو حتى يبلغ علوه، ثم على صاحب العلو الأعلى.

وقيل: على صاحب السفل بناء السلم إلى حد العلو، [فإن كان عليه علو آخر فعلى صاحب العلو الأوسط بناء السلم من حد العلو][١] [إلى سقف العلو الذى عليه][٢] الآخر؛ لأن الأسفل أبدًا عليه الحمل، والتمكين [٣]من منافع العلو.

فرع: قال: ومن له إجراء ماء على سطح غيره، فالنفقة فى السطح على مالكه دون صاحب المجرى؛ لأن عليه التمكين، وسقف السفل لصاحب السفل، ولصاحب العلو الانتفاع به، وليس لصاحب العلو الزيادة فى البنيان، وله رفعه.

فرع: قال: يجوز بيع حق الهواء؛ لإخراج الأجنحة من غير أصل يعتمده البناء.

فرع: قال: حق المسيل ومجرى الماء وحق الممر، وكل حق مقصود على التأبيد؛ لأنه ملك.

فرع: قال: إذا انهدمت الرحى، فأقمتها، وامتنع الباقون - فالغلة كلها لك عند ابن القاسم، وعليك أجرة أنصبائهم خرابًا[٤].

وقال عبد الملك: الغلة بينكم، ولك من أنصبائهم ما أنفقت[٥]؛ لأنك تنتفع بملكهم عامرًا.

وقال ابن وهب: أنت شريك بما زاد عملك على جزئك المتقدم فى غلة الرحى، ولك أجرة ما أقمت فى حصص أصحابك، بأن تقوم الرحى غير معمولة فيقال:

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى أ.

(٢) بدل ما بين المعقوفين فى ط: إلى سقف الذى عليه علو.

(٣) فى أ: والتمكن.

(٤) فى ط: جزافًا.

(٥) فى ط: أنفقته.

عشرة، وبعد العمل: خمسة عشر؛ فلك ثلث الغلة، والباقى بينكم، وعلى الذى لم يعمل ما ينوبه من الأجرة للعمل فى قيامه بغلتها، ثم أراد الدخول معك، أعطاك ما ينوبه من قيمة ذلك يوم يدفع ذلك إليك.

فرع: قال: إذا ادعيت على رجلين دارًا، فصدقك أحدهما، فصالحته على مال - فللآخر الأخذ بالشفعة؛ لأن الصلح بيع.

فرع: قال: إذا تنازع صاحب السفل والعلو السقفَ، صدق صاحب السفل؛ لأن اليد له، والعمل[1] على الدابة يصدق صاحبها دون الأجنبى، ويصدق راكب الدابة دون المتعلق بلجامها، ولأن البيت لا يكون بيتًا إلا بسقفه.

ولو كان السفل بيدك، والعلو بيد آخر، وطريقه فى ساحة السفل، وتداعيتما الدار:

قال أشهب: الدار لك إلا العلو، وطريقه لليد بعد أيمانكما، أو نكولكما، أو نكول أحدكما، فيقضى للحالف منكما.

فرع: قال: من سبق إلى موضع مباح، له الجلوس فيه فلا يزعج منه لأنه أحق بالسبق.

فرع: قال: وينتفع بالمساجد بالصلاة، والجلوس، والذكر والقراءة، والاشتغال[2] بالعلوم الشرعية والاعتكاف.

وخفف فى القائلة والنوم فيها نهارًا للمقيم، والمسافر، والمبيت للمار، ولا ينبغى أن يتخذ المسجد مسكنًا إلا رجل مجرد للعبادة فيه، وقيام الليل، وأرخص مالك فى طعام الضيف فى مساجد البادية؛ لأن ذلك شأن تلك المساجد، وكره وقود النار.

وأجاز العلو مسجدًا، ويسكن السفل، ولم يجز العكس؛ لأن ما فوق المسجد له حرمة المسجد؛ لأن عمر بن عبد العزيز - رضى الله عنه - كان إذا بات على ظهر المسجد لا يقرب فيه امرأة.

وأرخص فى المرور فيه المرة بعد المرة دون جعله طريقًا، وكره مالك دخوله بالخيل، والبغال، والحمير التى ينقل عليها إليه؛ خشيةَ أرواثها، ولم يكره الإبل لطهارة أبوالها.

---

(١) زاد فى ط: كالحمل.
(٢) فى ط: والانشغال.

وكره البصاق فيه على الحصى والتراب ثم يحكه، واتخاذ الفرش للجلوس، أو الوسائد للاتكاء؛ لأنه ليس من شأن المسجد، ورخص فى الخُمُر والمصليات، والنخاخ؛ لأنه - عليه السلام - كانت له خُمْرة.

ويمنع تعليم الصبيان ودخولهم له إلا للصلاة؛ لقوله - عليه السلام -: «جَنِّبُوا مَسَاجِدَكُمْ صِبْيَانَكُمْ وَمَجَانِينَكُمْ وَبَيْعَكُمْ وَشِراءَكُمْ وَخُصُومَاتِكُمْ وَسَلَّ سُيُوفِكُمْ وَرَفْعَ أَصْوَاتِكُمْ وَإِقَامَةَ حُدُودِكُمْ، وَجَمِّرُوهَا أَيَّامَ جُمَعِكُمْ»[1].

ويكره البيع، والشراء، وسل السيوف، ورفع الصوت، وإنشاد الضالة، والهتف بالجنائز، وكل ما يرفع فيه الصوت حتى بالعلم؛ لأنه من قلة الأدب عند الأماثل وعند منازلهم.

قال ابن حبيب: قد كنت أرى بالمدينة رسول أميرها يقف بابن الماجشون فى مجلسه إذا استعلى كلامه وكلام أهل المجلس فى العلم فيقول: يا أبا مروان، أخفض من صوتك، ومن جلسائك.

وقد قال - عليه السلام -: «لَا تَمُرُّوا فِى الْمَسْجِدِ بِلَحْمٍ وَلَا تنفذُوا فِيهَا النَّبْلَ»[2]. بمعنى الإدارة[3] على الظفر ليعلم استقامتها. ولا تزين بالقوارير، أى: الزجاج.

قال ابن حبيب: إنا نكره القوارير التى عملت بمسجدنا بقرطبة كراهة شديدة، بل ينبغى أن تعمل على باب المسجد؛ لقوله - عليه السلام -: «اجْعَلُوا مَطَاهِرَكُمْ عَلَى أَبْوَابِ مَسَاجِدِكُمْ».

وأقبح من ذلك: ما فعل بقرطبة من فتح أبواب المياضى فى المسجد، بل تفتح خارجه على حدة، وقد نبه الله - تعالى - على جميع ذلك بقوله: ﴿فِى بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ﴾ [النور:٣٦] ورفعها: تعظيمها وإجلالها عما لا يليق بها.

---

(١) تقدم.

(٢) لم أجده بهذا اللفظ، وأصله فى البخارى (٤٥٢)، ومسلم (٢٦١٥) عن أبى موسى الأشعرى بلفظ: «من مر فى شىء من مساجدنا أو أسواقنا بنبل فليأخذ على نصالها لا يعقر بكفه مسلمًا».

(٣) فى أ: الإنذار.

فرع: فى «الكتاب»: من حفر بئرًا بعيدة من بئرك فانقطع ماء بئرك لذلك، فلك ردم بئره؛ نفيًا للضرر.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا أحدث فوق الرحى القديمة رحى، وأضرت ببعض طحن القديمة، أو بتكثير مؤنها، أو ضرر بين - منع[١] ذلك، فإن أشكل أمرها، أذن له بشرط إن أضرت نقضت، ولو علم بغير حكم، فتبين الضرر، والأول ينظر إليه، فلم[٢] ينكر، ثم قال: ما ظننت أنه [يضر بى][٣] -: فإن كان مثله لا يخفى عليه ذلك، لم يسمع قوله، وإلا حلف: ما سكت رضا، وأزيل الضرر عنه.

وقال بعض أصحابنا: إذا اجتهد الحاكم بقول أهل المعرفة، فأذن، ثم تبين الضرر - فهو حكم مضى، ولو تركه الأول حتى بنى ثم طلب إزالة الضرر، لم يهدم؛ لأنه تركه حتى أنفق النفقة العظيمة، وقيل: يهدم. ولو خربت رحى فبنى آخر رحى تضر بالأول لو أعيدت: إن كان خرابًا داثرًا لم يمنع، وإن لم يصل الإضرار[٤] إلى حد التعطيل، لم يمكن إن أراد الأول إعادة رحاه، وإلا فلا.

قال أصبغ: فإن ابتدأا رحيين فى أرضهما، فلما فرغا أضر أحدهما الآخر[٥]، إن تقدم أحدهما بما له بال، ثم عمل الآخر، فسبقه أم لا - منع إن كان المضر، وإن لم يسبق أحدهما لم يمنع، فإن تبين الضرر منعا معًا.

فرع: قال: لو أذن له فى تجرية الماء فى أرضه لرحاه، فليس له منع ذلك بعد. لأنها عطية ما لم تؤقت؛ فلك الرجوع بعد الأمد، وإن سمى عارية فله أمد ما يعار لمثله.

فرع: [قال][٦] فى الكتاب: من حفر حيث لا يجوز له، ضمن ما يعطب فى حفيره من دابة وإنسان.

---

(١) فى ط: مع.
(٢) فى أ: فلا.
(٣) فى ط: ليضرنى.
(٤) فى أ: الدار.
(٥) فى ط: بالأخرى.
(٦) سقط فى أ.

فرع: قال صاحب البيان: إذا هارت البئر، تمتنع قسمة الزرع مع الأرض؛ لأنه بيع الزرع قبل طيبه، حتى يقتسماه بالكيل بعد الدراس، ويبيع أحدهما نصيبه من الأصل والماء، ويقاسمه الأرض، ويجبر الممتنع على العمل مع صاحبه، أو المقاسمة.

فرع: قال: إذا ملك بجوار جدارك خليجا يجرى فيه السيل، فهدم جدارك - فعلى صاحبه بناؤه إن كنت لا تسقى منه؛ كسائق الدابة، وإن كنت تسقى منه فلا؛ لأنكما سقتما الماء فيه.

قال: وأصل المذهب: وجوب القيمة فى العروض والجدار[١] عرض، وإنما وجب البناء؛ لأن القيمة قد لا تقيم الجدار على حاله، فلا ينجبر الخلل، فيغرم ههنا أكثر من القيمة، فهذه المسألة مستثناة من العروض فى وجوب المثل؛ كمستهلك فرد من زوج لا تلزمه قيمته، بل قيمة ما نقص الجميع وكجلد استثنى فاستحق المشترى الحيوان؛ فإنه يقضى فيه بالمثل، وكخرق الثوب خرقًا يسيرًا، قاله بعض الشيوخ فى وجوب المثل، وليس كذلك؛ لأنه لا يلزمه مثل البناء باليًا؛ لتعذر ذلك، وكذا الرفو، هو لم يستهلك رفوًا، وإنما أخرق الثوب.

فرع: قال: بئر بينكما اقتسمتماه ساقيتين، فارتفع التراب تحت دلائك حتى تعذر السقى: إن كانت عادة فى التنظيف حملتما عليها، وإلا فالكنس عليكما؛ لأن ترابك من عنده ومن عندك.

فرع: فى النوادر: [قال مالك][٢]: إذا ما نقص ماء البئر أو العين، فأراد أحد الشريكين العمل: فإن عمل الآخر، وإلا باع ممن يعمل، أو يعمر الطالب، فما زاد عمله فهو له حتى يأخذ نصف النفقة.

قال ابن القاسم: كل أرض مشتركة من أصول وزروع[٣] هارت بئرها، يقال للممتنع: اعمل مع صاحبك، أو بع حصتك من الأصل، فتأخذ حصته، أو يأخذ حصتك، فمن أراد عمل أو ترك، ومن عمل له الماء كله، حتى يعطيه شريكه ما ينوبه من النفقة، وإن كان بينهما.

---

(١) فى أ: فالجدار.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: أو زرع.

وأما الأرض المقسومة، أو الشجر المقسوم، أو الزرع لرجل فى أرض بينهما مغروزًا إلا أن ماءها واحد، فتهور البئر، أو تنقطع العين - لا يكلف الممتنع النفقة مع شريكه، فإن عمل الآخر فله الماء كله، إلا أن يعطيه نصيبه من النفقة.

قال سحنون: هذا فى البئر الذى[١] [ليس][٢] عليه حياة زرع ولا نخل، أما ما عليه[٣] ذلك، فيجبر الممتنع على العمل أو البيع ممن يعمل، وإلا بيع عليه.

قال مالك: إن كان البئر خربًا أو العين، فلا يجبر الممتنع، إنما يجبر حيث يبقى بقية من الماء، فلو لم يجبر فسدت بقيته؛ فهو ضرر، بخلاف الأول.

فرع: فى الكتاب: إذا انهارت البئر أو العين، فأصلحتها[٤] وأبى شريكك، فلك منعه الماء إذا[٥] كان فيه فضل حتى يعطيك نصيبه من النفقة؛ لأن الماء نشأ عن نفقتك كما ينشأ عن ملكك، وإذا احتاجت البئر للكنس أو القناة، وتركه ينقص الماء، أو لا يكفى ماؤها مريد الكنس - فلمريد الكنس الكنس، وهو أولى بما زاد الماء بكنسه دون الشريك حتى يؤدى نصيبه من النفقة، وكذلك بئر الماشية.

قال ابن يونس: وقع فى المستخرجة: إذا استدت القناة فى أولها ينقيها الأولون دون من بعدهم، أو فى آخرها ينقيها الأولون مع الآخرين وهذا إنما يصلح فى قناة المرحاض؛ لأنها إذا استدت فى أولها يكون باقيها غير مسدود، فالضرر يختص بالأولين، وفى آخرها يتضرر الجميع بانحباس أقفال الأولين والآخرين.

وأما قناة الزرع والطاحون يتضرر الجميع بانسداد أولها، فالإصلاح عليهم، وأى من تم نفعه ببعض الإصلاح كان بقية الإصلاح على الثانى، فإن كمل نفع الثانى فعلى الثالث ثم كذلك.

وعلى قول ابن القاسم، يقال للشريك: عمر، أو بع حصتك من الأرض، أو قاسمه إياها.

قال ابن نافع: هذا فى البئر ليس عليه إحياء زرع ولا نخل ولا غيره؛ فلا يجبر

---

(١) فى ط: التى.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: عليها.
(٤) فى ط: فأصلحتهما.
(٥) فى ط: إن.

على الإصلاح، كصاحب السفل مع صاحب العلو.

وقال أشهب: إذا كان البئر يخشى خرابه، يجبر الشريك؛ نفيًا للضرر، وإن كان خرابًا لم يجبر؛ إذ لا يترتب على عدم العمارة خراب، ومن عمر فهو أحق بالماء حتى يعطيه الآخر حصته من النفقة؛ فيكون الماء بينهما فى المستقبل، ولا شىء عليه فيما مضى؛ لأنه أسقط حقه بعدم الموافقة.

وعن مالك: إن قل الماء، فبقى ما يكفى أحد الشريكين صاحب القليل دون صاحب الكثير - لا يجبر صاحب القليل، ويعمل الآخر، ولصاحب القليل بقدر حصته قبل العمل حتى يعطى حصته من النفقة.

قال ابن نافع: قال مالك: يعطيه حصته من النفقة يوم أنفق، وإنما أقول: قدر قيمة العمل، فيقوم يوم يقوم، وقد بلى؛ لأنه من اليوم يملكها، فلا يحسب عليه جديدًا؛ لئلا يؤخذ منه ثمن ما انتفع به غيره.

وفى المسألة أربعة أقوال:

قول انهارت البئر أو نقصت، لمريد الإصلاح الإصلاح، وهو أحق بالماء حتى يعطيه الشريك حصته، فإن كانا شريكين فيما يسقى من نخل أو كرم - خير الممتنع بين العمل والبيع، والمقاسمة فى الأصل، فيعمل من أراد، [ويكون الماء كله له][1] حتى يعطيه الآخر حصته من النفقة.

وقيل: إن كانا شريكين فيما يسقى به، لم يخير الممتنع بين العمل والبيع، كصاحب السفل، والحائط بين الرجلين، إلا أن يكون بئر لا حياة عليه.

وقيل: إنما يؤمر بالعمل إذا لم يخرب البئر، أما الخراب فلا.

وقيل: إن كانت أرض الزرع لا تنقسم، وقد زرعاها، جبر الممتنع على البيع؛ لتعذر القسمة، وإن لم تكن مزروعة وفيها نخل لا ثمر فيها حتى تجوز قسمتها خير بين القيمة، والبيع، والعمل، وإن كان النخل منقسمًا، ولم تبق الشركة إلا فى غيرها، فيحتمل أن يكون هو المراد بقوله: لا يجبر على العمل، بل يعمل صاحبه، وهو أحق بما زاد الماء؛ لعدم الشركة فى الأصول، فلا يكلف بيع أصوله؛ لشركتهما فى البئر.

(١) فى ط: أن يكون له الماء كله.

وظاهر كلام سحنون: أنهما سواء، ويخير بين العمل والبيع، كالسفل والعلو والحائط بينهما.

وقد اختلف فى الرحى تنهدم، فيقال للآبى: إما أن تبنى أو تبيع، فلو عمل أحدهما واغتل غلة كثيرة:

قال ابن شعبان: للعامل من الغلة بقدر ما أنفق، وما كان له قبل أن ينفق، والبقية للآخر.

وعن ابن القاسم: الغلة كلها للمنفق حتى يدفع قيمة ما عمل؛ كالبئر يغور، ماؤها.

وعنه: يستوفى من الغلة نفقته ثم يكون بينهما.

واختار عيسى أن الغلة كلها للعامل، وعليه كراء نصيب الآخر فيما هو باق قبل العمارة، وله دفع حصته من النفقة، والدخول معه، إلا أن يكون بحدثان العمل، فالأشبه قول ابن دينار وقول عيسى.

قال اللخمى: المجراة إما من أول العين إلى المغلق، أو بين البساتين، أو موضع مصالة الماء، فالأول على عددهم عند ابن القاسم.

وعلى الأنصباء عند أصبغ.

وإذا استدت من الأول إلى الثانى، فالإصلاح على الأول؛ لأنه من سببه، وإن استدوا جميعًا، قيل: يغرم الأول مع جميعهم، والثانى مع الثالث، فيغرم كل واحد [مع][1] ما بعده إلى آخره.

وقال يحيى بن عمر: يغرم كل واحد ما يكون منه إلى ما يليه خاصة، لا يشارك أحدًا ممن قبله.

وإن كان السد فى المصالة خارجًا عن جميعهم، فهو منهم، وما حدث بين البساتين مما نزل من العين فإزالته على[2] من هو عنده إلى من بعده دون من قبله إذا لم يكن عنده سد.

وأرى: إذا كان السد من سببهم، قسمت النفقة على قدر ما يرى أن لكل واحد فيه.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: علو.

واختلف في قنوات الديار:

قال سحنون: الكنس على الأول حتى يبلغ الثاني، ثم الأول والثاني حتى يبلغ الثالث، ثم الجميع حتى يبلغ الرابع هكذا حتى الأخير، وفيه خلاف. وكنس قناة المطر على عدد الديار، وقناة الأثفال على عدد العيال. وإن كان سفل وعلو وتجتمع الأثفال في بئر السفل والبئر شركة، فالكنس على عدد الجماعة، فإن كانت ملكًا لصاحب السفل فعلى صاحب السفل عند ابن القاسم وأشهب؛ لأنه ملكه كما يصلح السقف لصاحب العلو وعلى عدد الجماجم عند ابن وهب لأنها أثفالهم. وإصلاح ما فسد من رقبة البئر على صاحب السفل؛ لأنه ملكه، وبئر السفل إصلاح ما يكنس فيه من المجرى عليهما؛ لأنه منهما، وما نقص بسبب الدار أو من الرمل فعلى صاحب السفل، فإن امتنع وتعطل، أصلحه صاحب العلو وهو أحق بمائه حتى يعطيه ما أنفق.

* * *

كتاب العارية

وفيها مقدمة وبابان:

المقدمة فى لفظها: [فى العرف][(١)] وضعت لأنواع الإرفاق أسماء مختلفة:

فالعارية: لتمليك المنافع بغير عوض.

وبعوض هو الإجارة.

والرقبى: إعطاء المنفعة لمدة أقصرهما عمرًا؛ لأن كل واحد منهما يرقب صاحبه.

والعمرى: تمليك المنفعة مدة عمره.

والعمر - بضم العين وفتحها - البقاء، فهما أخص من العارية.

والإفقار: عارية الظهر للركوب؛ مأخوذ من فقار الظهر، وهى عظام سلسلته.

والإسكان: هبة منافع الدار مدة من الزمان.

[هذه أسماء الإرفاق بالمنافع.

وفى الأعيان: الهبة: تمليك العين - لوداد - فى مدة الحياة؛ احترازًا من الوصية. والصدقة: تمليكها، لثواب الآخرة][(٢)].

والمنحة: هبة لبن الشاة.

والعرية: هبة ثمر النخل.

والوصية: تمليك بعد الموت.

والنفح والعطاء: يعم جميع ذلك، فهذه عشرة أسماء.

* * *

---

(١) فى ط: العرب.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى أ.

الباب الأول

في أركانها: وهي أربعة:

الركن الأول: المعير.

وفي الجواهر: لا يعتبر فيه إلا كونه مالكًا للمنفعة، غير محجور عليه في التبرع؛ لأن العارية تبرع، فتصح من المستعير والمستأجر.

وفي الكتاب: لا يعير العبد إلا بإذن سيده.

الركن الثاني: المستعير.

وفي الجواهر: لا يعتبر فيه إلا كونه أهلًا للتبرع عليه.

الركن الثالث: المستعار.

وفي الجواهر: له شرطان:

الشرط الأول: أن يكون منتفعًا به بعد بقائه؛ فلا معنى لإعارة الأطعمة ونحوها من المكيلات والموزونات، بل ذلك قرض لا يردها إلا بعد استهلاكها، وكذلك الدنانير والدراهم.

قال اللخمي: إن أعارها الصيرفي ليقصده الزبون، أو لمديان [(١)]ليقف عنه المطالب، فتظن به المالية - يضمن، إلا أن تقوم البينة على تلفها أو ردها. وإن استعارها؛ ليتصرف فيها، ضمنها؛ كالقرض[(٢)]؛ لأنها قرض، إلا أن تقول: اتجر بها ولك الربح، ولا خسارة عليك، فهو كما قال؛ وفاء بالشرط إذا ادعى الخسارة فيما يشبه، ولا يصدق في الضياع إلا أن تقول: وأنت مصدق في الضياع، أو يقول: هي على حكم القراض إذا لم يكن ربح، قاله ابن القاسم وأشهب.

وقال سحنون: يضمن الخسارة، وعلى هذا يجري الجواب في عارية المكيل، والموزون.

وفي الكتاب: من استعار دنانير أو فلوسًا، فهو سلف مضمون، ومن حبس عليك مائة دينار لتتجر بها أمدًا، ضمنت نقصها؛ كالسلف، وإن شئت قبلتها، أو رددتها فترجع ميراثًا.

---

(١) في أ: أو لمدة.

(٢) في ط: بالقرض.

الشرط الثانى: أن تكون المنفعة مباحة شرعًا؛ فلا تعار الجوارى للاستمتاع، ويكره استخدام الإماء إلا من المحرم أو النسوان أو غير البالغ الإصابة من الصبيان، ويمتنع استخدام أحد الأبوين بالعارية، بل تكون منافعهما لهما حينئذ دون ولدهما، ولا يعار العبد المسلم من الكافر.

قال اللخمى: من صح ملكه من الأقارب، جاز استخدامه، ومن لا فلا، ومنافعه [له](١) دون من وهبت له.

وتجوز عارية الأمة لمن حرمت عليه بوطء القرابة، وللأجنبى المأمون المتأهل، فإن فقدت الأمانة أو التأهل امتنع؛ لقوله - عليه السلام -: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِالله وَالْيَوْمِ الآخِرِ فَلَا يَخْلُوَنَّ بِامْرَأَةٍ لَيْسَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا مَحْرَمٌ»(٢).

فإن نزل مضى، وبيعت الخدمة من مأمون أو امرأة، إن لم يقصد المعير عين المستعير، ولو علم أن أمته تسلم لغيره لم يعرها، فله الرجوع فيها.

الركن الرابع: ما تقع به العارية من قول أو فعل.

وفى الجواهر: هو كل ما دل على نقل المنفعة بغير عوض.

قال اللخمى: وثم هبات متقاربة اللفظ مختلفة المعنى، حمل بعضها على هبة الرقاب، وبعضها على هبة المنافع، فيحمل قوله: أسكنتك، وأخدمتك، وأعمرتك على مانع المخدم، والمسكن. ويحمل: كسوتك هذا الثوب، وحملتك على هذا البعير أو الفرس - على هبة الرقاب.

وفى الجواهر: إذا قال: أعنى بغلامك يومًا، وأعينك بغلامى يومًا، ليس بعارية بل إجارة، وأحد العملين أجرة الآخر. واغسل هذا الثوب استعارة لبدنه، وإن كان شأنه الأجرة فى عمله استحقها.

* * *

---

(١) سقط فى أ.

(٢) من رواية ابن عباس بلفظ: (لا يخلون) البخارى (٦/ ١٤٢) (٣٠٠٦) ومسلم (٢/ ٩٧٨) (٤٢٤/ ١٣٤١).

الباب الثانى

فى أحكامها: وهى مندوب إليها، لقوله - تعالى -: ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ﴾ [الحج: ٧٧] ولقوله - تعالى -: ﴿لَّا خَيْرَ فِى كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَٰحٍۭ بَيْنَ ٱلنَّاسِ﴾ [النساء: ١١٤] - كل معروف صدقة.

وقيل فى قوله - تعالى -: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ [الماعون: ٧]: إنه ماعون البيت، وقيل: الزكاة؛ لقرينة الذم.

قال اللخمى: وتحرم إذا كانت تستعمل فى محرم لقوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢]، فلا تعار الدابة لمن يركبها لضرر مسلم.

فرع: قال الطرطوشى فى تعليقه: العارية، والرهن، والأجير المشترك سواء فى الضمان وعدمه، فإن قامت البينة فقولان، كان مما يغاب عليه أم لا.

والمذهب: عدم الضمان، وإن لم يعلم الهلاك إلا من قوله ضمن ما يخفى، كالثياب اتفاقًا، وفيما لا يخفى - كالحيوان - قولان.

وضمن (ش) مطلقًا، وعكس (ح) مطلقًا.

ومنشأ الخلاف: [النظر][1] إلى خلوص المنفعة للمستعير؛ فيضمن، أو إلى أنها قبض بإذن المالك من غير عوض؛ فلا يضمن، أو ملاحظة شبه الأصلين.

احتج (ش) بما فى أبى داود: أن صفوان بن أمية قال: قال لى - عليه السلام - بعد فتح مكة: «هَلْ لَكَ مِنْ سِلَاحٍ أَوْ دِرْعٍ فِى غَزْوَةِ حُنَيْنٍ؟». فقلت: أغصبًا يا رسول الله أم عارية؟ فقال عليه السلام: «بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ»[2].

ولقوله - عليه السلام -: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»[3].

---

(١) سقط فى أ.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦) فى البيوع: باب فى تضمين العارية (٣٥٦٢)، وأحمد فى المسند (٣/ ٤٠١)، (٦/ ٤٦٥) فى مسند صفوان بن أمية - رضى الله عنه - والحاكم فى المستدرك (٢/ ٤٧) فى البيوع: باب أد الأمانة، والبيهقى فى السنن (٦/ ٨٩) فى العارية: باب العارية مضمونة، وعزاه فى التحفة للنسائى فى الكبرى (٤/ ١٩٠)، وأخرجه الدارقطنى فى السنن (٣/ ٣٩ - ٤٠)، وأعله ابن حزم فى المحلى (٩/ ١٧١) بشريك، وتبعه ابن القطان، وقال ابن دقيق العيد - بعد أن عزاه للمستدرك -: لعله علم حال أمية. قال ابن الملقن: ذكره ابن حبان فى الثقات: والحديث صحيح بشواهده.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦) فى البيوع: باب فى تضمين العارية (٣٥٦١)، والترمذى (٣/ ٥٦٦) =

واستعار بعض نسائه قصعة، فغرمها عليه السلام(١).

ولأنه قبض لينتفع، من غير إذن فى الإتلاف، فيضمن؛ كالغصب، والسوم، والقرض، وقبض البيع الفاسد.

ولأن كل قبض لو كان من الغاصب، أوجب الضمان، فإذا كان من المالك يوجبه؛ لأن المستعير من الغاصب - وهو يظنه مالكًا - والمستام من المالك يضمنان، ولا يرجعان على الغاصب كالغاصب.

بخلاف المستأجر، والمستودع، والموصى بخدمته: لا يضمنون من المالك، وإن ضمنهم المالك إذا قبضوا من الغاصب، رجعوا على الغاصب؛ لأنها ليست جهات ضمان، بخلاف المستعير لا يرجع على الغاصب إذا ضمنه المالك. وهذه النكتة قوية جدًّا تقضى على مدارك عدم الضمان.

ولأن اليد إن كانت يد ضمان ضمن ما لا يغاب [عليه] (٢)؛ كالغاصب، أو لا، فلا يضمن؛ كالوديعة.

والجواب عن الأول: أنه روى: قلت يا رسول الله: أعارية مضمونة أم عارية مؤداة؟ فقال: «بَلْ عَارِيَّةٌ مُؤَدَّاةٌ». فنفى عنها الضمان.

وتحتمل تلك الرواية أن تكون التزامًا للضمان، لا إخبارًا عنه، فلا يتعدى لغيره.

وروى: أنه كان وديعة عنده لأهل مكة، وعارية ما لا يملك يضمن، أو معناه: مضمونة الرد؛ احترازًا من الغصب، فإنه لم يلتزم رده، ويحمل قوله: «مؤداة»: على نفس الدفع، و «مضمونة»: على حمل مؤنة الرد من الأجرة، وغيرها، فلا تلغى

= فى البيوع: باب ما جاء فى أن العارية مؤداة (١٢٦٦)، وقال: حسن صحيح، وابن ماجه (٢/ ٨٠٢) فى الصدقات: باب العارية (٢٤٠٠)، وأحمد فى المسند (٥/ ٨) والدارمى فى السنن (٢/ ٢٦٤) فى البيوع: باب فِى العارية مؤداة، والحاكم فى المستدرك (٢/ ٤٧) فى البيوع: باب لا يجوز لامرأة فى مالها، وقال: صحيح الإسناد على شرط البخارى، وأقره الذهبى. وأخرجه البيهقى (٦/ ٩٠) فى العارية: باب العارية مضمونة (٩٥١ ٨/ ٢٧٦)، والطبرانى فى الكبير (٧/ ٢٥٢) وابن أبى شيبة (٦/ ١٤٦)، وابن الجارود فى المنتقى (١٠٢٤)، وقال الحاكم: صحيح على شرط البخارى، ونازعه ابن دقيق العيد، ورده ابن حزم بأن قال: الحسن لم يسمع من سمرة، وهو أحد مذاهب ثلاثة فيه، ورأى البخارى وجماعة أنه سمع منه مطلقًا.

(١) تقدم.

(٢) سقط فى أ.

إحدى العبارتين.

وفي الحديث: فقدت بعض أدراعي فقال - عليه السلام -: «إِنْ شِئْتَ ضَمِنَّاهَا لَكَ»[١] ولو كان الضمان صفة للعارية لم يعلق على مشيئته؛ وإنما ضمنها حسن عشرة، وترغيبًا له في الإسلام.

أو مضمونة إذا لم يثبت هلاكها، أو غير مضمونة إذا ثبت، أو مضمونة؛ لأنه أخذها بغير إذنه لمصلحة المسلمين، ولذلك قال: أغصبًا يا محمد؟

وعن الثاني: أن «على اليد»: يحتمل ضمان التلف [أو الرد][٢]، والثاني متفق عليه فيحمل الأول عليه؛ لأن حمل كلام الشرع على المجمع عليه أولى.

و[٣] لأن ضمان التلف يلزمه ضمان الرد من غير عكس، فهو الثابت في جميع الصور[٤]، فيحمل عليه؛ تكثيرًا لفوائد كلام الشرع.

ولأن الضمير في «تؤديه» عائد على العين لا على القيمة.

وعن الثالث: أنه روى أنه كان فيها طعام، فسقطت من يدها، فانكسرت، وهو موجب الضمان[٥] عندنا.

وقيل: أهدتها إليه بعض أزواجه - عليه السلام - فاستلذ الطعام؛ فغارت عائشة - رضي الله عنها - فكسرتها عمدًا.

أو يكون غرمها حسن عشرة.

وعن الرابع: أن الأجزاء في تلك الصورة مضمونة بخلاف العارية، والغصب عدوان، وبقية الصور تعويض بخلافها.

وعن الخامس: أنه ممنوع؛ لأنا لا نضمن المستعير من الغاصب، والمستوهب، والمشتري إن[٦] لم يعلموا وهلك بأمر سماوي، وإنما يتبع المالك الغاصب.

وإن تلف بفعلهم وهم لا يعلمون، رجع - أيضًا - على الغاصب إن كان مليًّا،

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٣/ ٤٠١) عن صفوان بن أمية، وأبو داود (٣٥٦٣) عن عبد العزيز بن رفيع عن آل عبد الله بن صفوان.

(٢) في ط: وضمان الرد.

(٣) في أ: أو.

(٤) في ط: الضرر.

(٥) في ط: للضمان

(٦) في ط: إذا.

أو معدمًا رجع عليهم ولا يرجعون عليه، وإنما يلزم هذا الحنفية؛ لأنهم يسلمونه.

ثم هى منقوضة بالأجزاء للمستعير من الغاصب يضمنها، ومن المالك لا يضمنها، ثم يضمنون المستودع من الغاصب بخلاف المالك.

وعن السادس: أن اليد يد أمانة: من جهة الإذن، وعدم العوض، ويد ضمان: من جهة أنه قبض لحق نفسه، بخلاف الوديعة، ففارق الغاصب بالإذن، والبيع الفاسد والمستام بالعوض، والوديعة بأنه ينتفع، فقويت شائبة الضمان فيما يغاب عليه بالتهمة فضمناه، وشائبة الأمانة بظهور العين فلم نضمنه، فالضمان وعدم الضمان لكل واحد من المجموعين لا باليد من حيث هى يد؛ فلا يلزم من كون اليد غير مضمنة ألا يضمن.

وعنه عليه السلام: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ»[1] يعنى: المتعدى من الغلول؛ لأنه يقال: غل، وأغل.

وبالقياس على العبد الموصى بخدمته، والعين المستأجرة، وقياسًا للجملة على الأجزاء بجامع الإذن.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إن ادعى الهلاك أو السرقة أو الحرق أو الكسر، ضمن، وعليه فيما فسد [فسادًا يسيرًا][2] ما نقصه، أو كثيرًا ضمن قيمته كله؛ لأن الأقل تبع للأكثر[3]، إلا أن تقوم بينة أن هلاكه من غير سببه؛ لأن الضمان كان للتهمة.

ومتى فرط ضمن، فإن استعارها بلجامها وسرجها فقال: ضاعت بعدتها[4].

قال محمد: ضمن السرج واللجام دونها؛ لأنهما[5] يغاب عليهما.

فرع: قال: قال ابن حبيب: إن استعار بازيًا للصيد، فزعم أنه مات، أو سرق، أو طار - صدق مع يمينه؛ لأنه حيوان.

فرع: قال: فإن اشترط الضمان فى الدابة، بطل الشرط؛ لمخالفته للعقد فى

---

(١) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٣/ ٤١).
(٢) فى أ: اليسير.
(٣) فى ط: للكثير.
(٤) فى ط: بعدتهما.
(٥) فى ط: لأنها.

الحيوان، إلا أن يخاف ربها من لصوص فى الطريق ونحوه، فيضمن إن هلكت فيما يغاب عليه، وإلا فلا، ولم يضمنه أصبغ مطلقًا.

فرع: قال اللخمى: العوارى خمسة أقسام:

ما لا يبان به، كالديار.

وما يبان به، ولا يغاب عليه، كالسفن - فغير مضمونين.

وما يغاب عليه وهو مستقل، كالعبيد والدواب: فهل يضمن؟ خلاف.

وما يغاب عليه، وليس مستقلًا بنفسه، كالثياب والحلى.

والخامس: المكيل والموزون، فهما مضمونان.

فإن سقطت الدار، أو بيت منها لم يضمن، ويصدق أنه ليس من فعله، ويصدق فى النقض بعد سقوطه؛ لأنه لم يدخل على الضمان، فإن تبين أنه لم ينهدم بنفسه لجدته، ولا مطر ولا غيره مما يقتضى الهدم، لم يصدق أنه انهدم بنفسه، ولو لم ينهدم فلا يصدق فى تلف أبواب البيوت بأغلاقها، بخلاف باب الدار وحلقه؛ لأنه ينام داخلها، ويجهل ما حدث.

ويصدق فى غرق السفينة وسرقتها، وأخذ العدو إياها فيما دون آلتها من المراسى، والقلوع ونحوها، إلا أن يتبين[1] صدقه، أو كذبه فيضمن.

والمشهور فى العبيد والدواب: عدم الضمان؛ لاستقلالها.

وعن مالك: يضمن؛ لأن الغالب تصرف الإنسان بها.

وقيل: لا يصدق فيما صغر لخفائه إذا غيب عليه.

فعلى الأول: لا يضمن الدابة، ويضمن سرجها ولجامها، ولا يضمن العبد ولا كسوته؛ لأن العبد حائز لما عليه، ويصدق فى موته، وفى تكفينه فى الذى عليه، ولا يصدق فى زيادة يرجع بها، ولا فى موت الدابة، أو العبد فى موضع لا يخفى ذلك فيه، بخلاف هروبهما إلا أن يدعيه بحضرة بينة فتكذبه وهم عدول؛ لتبين كذبه، أو غير عدول، لم يضمن ويحلف.

وإن شهد عدل حلف المعير: أنه شهد بحق، وأنه لم يذهب ذلك بحضرته، ويغرم.

---

(١) فى أ: تبين.

وعلى أحد قولى مالك: لا يحلف مع الشاهد، إذا شهد فيما هو غائب عنه، يحلف المستعير: أنه لا علم عنده من صحة الشهادة.

وإلا قال ابن القاسم، وأشهب: إذا شرط أنه مصدق فى الثياب ونحوها؛ لقوله - عليه السلام -: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[1]، ولأن الأصل عدم الضمان.

وعلى قول سحنون فيمن أعطى لك مالًا، ويكون لك ربحه، ولا ضمان عليك: يسقط شرطه بسقط الشرط ههنا.

وقال ابن القاسم: شرطه ساقط فى الدابة، ولا يضمن.

وقال أشهب: عليه أجرة المثل فيما استعملها فيه، ورآها إجارة فاسدة، وعلى هذا ترد قبل الاستعمال.

ويجرى فيها قول ثالث: يخير المستعير قبل الاستعمال إن أسقط الشرط، وإلا ردت، فإن فاتت بالاستعمال لم يضمن شيئًا؛ لعدم دخوله على إجارة، وإنما وهب المنافع.

وقول رابع: صحة الشرط؛ لأن أحد قولى مالك أنه يضمن، وقد دخلا عليه.

وإذا أحضر الثوب باليًا، فلا شيء عليه، إلا ألا يحسن ذلك فى تلك المدة إلا عن سرف فى اللباس؛ فيغرم الزائد على المعتاد، إلا أن يعلم أن ذلك شأن هذا المستعير، فقد دخل عليه.

ويضمن الخرق، والحرق، والسوس؛ لأنها إنما تكون عن الغفلة.

وإذا استعار السيف للقتال، فأتى به وقد انقطع، ضمنه، إلا أن تقوم بينة أنه كان معه فى اللقاء.

وضمنه[2] سحنون إلا أن تقوم بينة أنه ضرب به ضربًا يجوز له.

وقال مطرف: يصدق أنه أصابه مما استعاره له، وكذلك الفأس، والعجلة، ويصدق فى الرحى إذا حفيت اتفاقًا؛ لأنه شأن الطحن.

قال صحب النوادر: ضمنه ابن القاسم فى الفأس، والسيف، والمصحف.

ولم يضمنه أصبغ إذا أتى بما يشبه.

---

(١) تقدم.

(٢) فى ط: ضمه.

وعن ابن القاسم: إذا باع رداءه، ونقد الثمن، وقال للمشترى: أذهب للبيت آخذ على شيئًا، وآتيك بالرداء - مصيبته من المشترى.

فرع: قال صاحب النوادر: قال مطرف: إذا رد الدابة مع غلامه، أو أجيره، أو جاره، فعطبت لا يضمن؛ لأن ذلك شأن الناس.

وقاله (ح)، ويصدق الرسول أنها تلفت، أو سرقت، كان مأمونًا أم لا.

فرع: فى الجواهر: لا يضمن المستعير من المستعير إلا حيث يضمن المستعير من المالك، والمستعير من الغاصب يضمن، إذا تلفت العارية تحت يده.

فرع: فى الكتاب: إذا استعارها؛ ليركبها حيث شاء، فركبها إلى الشام أو أفريقية- لا يضمن إن كان على وجه عاريته، وإلا ضمن؛ لعدم الإذن.

قال اللخمى: قال أشهب: إن كان ذلك من أسفاره، فلا شىء عليه.

قال: وأرى: إن كان شأن الناس التصرف فى ذلك البلد ركوبًا، حملت عاريته على البلد حتى يذكر غيره، وإلا حملت على الخروج، ولا يبعد إلا أن يكون عادة المستعير.

فرع: فى الكتاب: لما رجعت زعم أنه أعارك إلى دون ما ركبتها، أو بلد آخر - صدقت مع يمينك، إن ادعيت ما يشبه؛ لأن الأصل: عدم التعدى، وعليك كراء فضل ما بين الموضعين؛ لأن الأصل: عدم الإذن فى الزيادة، وكذلك اختلافكما فى الحمل.

وإن استعرت مهرًا، فحملت عليه بزًّا؛ لم تصدق؛ لأن العادة خلافه، بخلاف البعير.

قال صاحب النكت: قيل: يصدق فى دفع الضمان والكراء جميعًا؛ لأنه إذا صدق فى أصل المنفعة، [فعوضها أولى][1]، وإلا تناقضت الأحكام.

والفرق بين هذه، وبين مسألة ابن القاسم فى الرسول يكذب فيما أمره به المستعير من المسافة، فيضمن المستعير الدابة إذا لم تقم بينة على ما أمر به الرسول: أن المستعير لا يدعى الكذب من رب الدابة؛ لعدم عمله بما قاله الرسول، وهنا أنتما متداعيان؛ فلا يصدق عليك، فإن قامت بينة بما أمر به الرسول، سقط ضمانك،

(١) سقط فى أ

وضمن الرسول؛ لتعديه، وإن أقر الرسول بالتعدى ولا بينة لك[١] على عقده مع الرسول، فههنا يغرم الرسول[٢]، فإن كان معدمًا رجع عليك، وترجع أنت على الرسول؛ لإقراره بالتعدى، وإذا لم يقر بالتعدى وضمنت حلف المعير: أنه عاقد الرسول على ما ذكر، إن لم تكن بينة على العقد، وإلا فلا يمين على المعير.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: يصدق المعير قبل الركوب مع يمينه فى أصل المسألة؛ لأن الأصل عدم الإذن.

وقيل إذا هلكت الدابة بعد يومين فقال: أعرت يومًا، وقلت: يومين - حلفتما جميعًا؛ لأن كليكما مدع على صاحبه - أنت الإذن، وهو الغرم - ويلزمك كراء اليوم الثانى؛ لأن الأصل عدم الإذن فيه، ولا يلزمك الضمان؛ لأن الأصل عدمه.

وإذا استعرت برسول إلى برقة، فقال المعير بعد ركوبك: إنما أعرت إلى فلسطين- تمتنع شهادة الرسول لك؛ لأنه شهد على فعل نفسه، وتحلف أنت، ولا تضمن، ويحلف هو وله ما بين الكراءين؛ لأن الأصل بقاء حقه فى منافعه.

قال ابن القاسم: ولو قال له الرسول: إلى فلسطين، فعطبت معك فى برقة، وأنت لا تدرى - إن أقر الرسول بالكذب ضمنها، وإن قال: بل أمرتنى، وأكذبته، لا يشهد عليك لأنك[٣] خصم، وتحلف، ولا ضمان عليك.

وفى كتاب محمد: تضمن إلا أن تثبت أنك أمرته ببرقة. والأول: أصوب.

قال أشهب: إن شهدت لك بينة أن الرسول قال له: إلى فلسطين فله فضل الكراء بغير يمين؛ لقيام البينة، ولا ضمان عليك وتحلف لأنك تقول: أنا[٤] دخلت على برقة فلم أتعد.

وإذا أقر بالمخالفة ضمن الدابة دونك إن كانت بمسافة برقة أشد فى التعب، وإلا فلا ضمان عليكما؛ لأن لك الذهاب بها إلى مثل ما استعرت.

فرع: قال ابن يونس: فى المدونة: ادعيت العارية، وادعى الكراء، صدق؛ لأن الأصل عدم التبرع، إلا أن يكون مثلك لا يكرى.

---

(١) فى ط: له.
(٢) زاد فى ط: التعدى.
(٣) فى ط: لأنه.
(٤) فى ط: إذا.

قال أشهب: إذا اختلفتما فى الحمل، صدقت فيما يشبه مع يمينك.

قال اللخمى: إذا اختلفتما فى الناحية، خير المستعير فى الركوب لما قاله المعير، أو ينزل، إلا أن يخشى رواحه إلى الناحية الأخرى؛ فلا يسلم له شىء.

قال ابن القاسم: إذا استعار العبد أو الحر حليًا لأهله، فهلك، وجحد أهله إرساله، وقد هلك قبل الوصول إليهم - حلفوا: ما أرسلوه؛ لأن الأصل: عدم إرسالهم، وحلف الرسول إذا كان حرًّا: لقد بعثوه، وبروا بتصديق المعطى للرسول، وإن صدقوه ضمنوا دونه وإن أقر الرسول بالتعدى وهو حر، ضمن، أو عبد ففى ذمته حتى يعتق إذا أفاد مالًا، ولا تكون فى رقبته لإذن المعطى؛ فلا جناية حينئذ، وإن أقر الرسول بإيصاله لهم، لم يضمنوا ولا هو ويحلفوا.

وقال أشهب: إذا قال العبد: أرسلنى سيدى، وسلمت إليه، وأنكر السيد، فهى فى رقبته؛ [لأنه قد يتحيل على أموال الناس.

قال ابن القاسم: إن أقر السيد، غرم لإقراره، وإن أنكر ففى رقبة][1] العبد؛ لخديعته القوم.

وقال مالك فى الحر: إنه ضامن، قال: وأرى: إن كان الرسول معروفًا بالصلاح أو سديد الحال، يحلف ويبرأ، أو على غير ذلك والذى ادعى عليهم أهل خير، حلفوا، وغرم الرسول إن كان من سببهم، ومتصرفًا لهم، وإلا فلا يحلفون.

فرع: فى الكتاب: إذا استعارها للحنطة فحمل الحجارة، فكل ما حمل وهو أضر بها منه فعطبت، ضمن، أو مثله فى الضرر لم يضمن؛ كعدس مكان حنطة، ولو ركب مكان الحنطة، وهو أضر، ضمن، وإلا فلا، أو ركوب، فأردف من يعطب بمثله، خير بين كراء الرديف فقط؛ لأنه إذا أخذ أجرة المنفعة لا يأخذ ثمن الرقبة[2]؛ لئلا يجمع بين العوض، والمعوض أو يضمنه قيمة الدابة يوم الإرداف؛ لأنه يوم التعدى.

وكذلك إذا تجاوز المسافة، فعطبت، خير بين قيمة الرقبة يوم التعدى، أو كراء التعدى فقط.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى أ.

(٢) فى ط: للرقبة.

قال ابن يونس: قال أشهب: لا يلزم الرديف شيئًا، وإن كان المستعير معدمًا؛ لأنه ركب بإذن مالك المنفعة بالعارية، وذلك شبهة.

قيل: هذا خلاف لابن القاسم، بل عليه الكراء فى عدم المستعير؛ كالغاصب يهب سلعة، فتهلك، فيغرم الموهوب فى عدم الغاصب، وهذا إذا لم يعلم أنها مستعارة، وإلا فهو كالمستعير، تضمن أيهما شئت؛ لدخولهما على التعدى.

قال بعض الشيوخ: لم يراع كون المسافة التى تجاوز إليها يعطب فى مثلها أم لا، كما فى الزيادة، بل ضمنه مطلقًا، وهما سواء، ويضمن لعدم الإذن.

قال: والفرق: أن الحمل وقع الهلاك فيه بالمأذون وغيره، وفى المسافة بغير المأذون فقط يشكل هذا؛ لقوله فى الكتاب فيمن أذن فى ضرب عبده عشرة، فضربه أحد عشر: يضمن إن خاف أن الزائد أعان على قتله.

قال: وفى الكتاب: إذا تجاوز المسافة نحو ميل، ثم رجع؛ ليردها لربها، فعطبت فى موضع الإذن - ضمن؛ لتقدم التعدى الموجب للضمان، فلا يبرأ منه إلا بالتسليم، وإن تجاوز إلى مثل منازل الناس فلا شىء عليه.

وقال عبد الملك: لا يضمن، كقول مالك فى الوديعة ترد بعد السلف ثم تسرق، فكذلك ردها لموضع الإذن.

قاعدة: فى أسباب الضمان.

أسباب الضمان ثلاثة:

الإتلاف: كخرق الثوب.

والتسبب فى الإتلاف: كحفر البئر لوقوع الحيوان.

أو وضع يد غير مؤمنة: كيد الغاصب، والمشترى شراء فاسدًا، وهو خير من قولنا: وضع اليد العادية؛ فإن هذه الأيدى الأخر ما وضعت إلا بإذن.

وهى قاعدة مجتمع عليها فتتخرج عليها هذه الفروع.

فرع: قال اللخمى: إذا اختلفا فى الرد، صدق المعير مع يمينه - عند ابن القاسم- فى كل ما لا يصدق فى ضياعه، أخذه ببينة أم لا؛ لأن ما يصدق فى تلفه كالدين فى الذمم.

وقال عبد الملك: يصدق الصانع فى الرد إذا أخذ بغير بينة، بخلاف التلف، فعلى هذا يصدق فى العارية.

وقد تقدم فى كتاب الإجارة أربعة أقوال فى الرد، فلتطالع من هناك.

وإذا اختلفا فى صفة العارية وقد ضاعت، صدق المستعير مع يمينه، ما لم يأت بما لا يشبه؛ لأنه غارم.

وقال مالك: إذا قالت المرأة: استعملت الحلىّ زمانا طويلًا ونقص، تحلف، ويحط ما يرى أنه نقص فى تلك المدة.

فرع: قال: قال ابن القاسم: فى ضمان الرهن يوم الارتهان، أو يوم الضياع قولان، وتتخرج العارية على ذلك.

والثانى: أحسن؛ لأن اليد غير مضمنة، فتجب القيمة لآخر يوم رأته البينة عنده، إن لم ير عنده من يوم استعاره، فقيمته يوم الاستعارة لأن المعير لا يصدقه فى بقائه عنده إن كانت قيمته أكثر، وإلا فله الأخذ بالأكثر، ويصدقه فى البقاء إلى اليوم، ولو ثبت أن المستعير أهلك ذلك الثوب قبل لبسه، لم يغرم إلا القدر الذى يبقى منه بعد لبسه مدة الإعارة(١)؛ لأن ما ينقص بالاستعمال لا يغرمه، وقد استحقه بالعقد، ولو باعه كان الثمن بينهما؛ لأنه شريك بعقد العارية، فإن أهلكه المعير بعد قبضه منه، فهل يغرم قيمته، ويستأجر للمستأجر من القيمة مثل الأول، أو يشترى مثله، أو يغرم قيمة تلك المنافع؟ قياسًا على من أخدم أمة، ثم أولدها. وقيمة المنفعة أولى؛ لأنها الفائتة على المستعير، فإن أهلكها قبل القبض:

فعلى قول ابن القاسم: هو بمنزلة من قبض، وعلى قول أشهب: لا يغرم؛ كالواجب يبيع الثوب قبل القبض.

فإن أهلكها أجنبى، فهما فى القيمة شريكان إن كانت ثوبًا؛ لأنه مما ينقصه الاستعمال، فإن كان لا ينقصه الاستعمال، كالعبد، فلسيده جميع القيمة عند ابن القاسم.

وقال أشهب فى الموصى بخدمته لرجل، وبرقبته لآخر: تجعل قيمته فى مثله، ويخدم بقية خدمته للأول إن كانت إلى أجل فإليه، أو إلى الموت فإليه.

وقال محمد فى الموصى له بغلة دار، أو سكناها يهدمها رجل بعد موت الموصى: عليه ما بين قيمتها قائمة ومهدومة، تبنى بها تلك الدار، ويكون الموصى

---

(١) فى ط: العارية.

له على أجله توفية بالوصية، وقيل: يسقط حقه فى البناء؛ لأنه عين أخرى غير الموصى بها.

فرع: فى الكتاب: أذنت له أن يبنى فى أرضك أو يغرس، فلما فعل أردت إخراجه - ليس لك ذلك فى مدة تشبه العارية، إلا أن تعطيه ما أنفق.

وقال فى موضع آخر: قيمة ما أنفق، وإلا تركته إلى ما يشبه عاريته، فتعطيه قيمة البناء مقلوعًا؛ لأنه دخل على القلع، أو تأمره بقلعه، إلا أن يكون لا قيمة له ولا نفع، فلا شىء؛ لأنك لم تأخذ منه ما له فيه غرض صحيح.

وكذلك لو ضربت أجلًا، فانقضى، لكن ليس لك إخراجه ههنا قبل الأجل، وإن أعطيته قيمته قائمًا؛ توفية للشرط ولو لم يبن، ولم يغرس، ولو لم تضرب أجلًا، كان لك؛ لأن التحديد يقوى ملك المنفعة، وتعينه مراد لكما.

ولو سميت أجلًا، ولم تسم ما يبنى، وما يغرس، فلا تمنعه إلا ما يضر بأرضك، وله الخروج قبل الأجل وقلع بنائه، وغرسه؛ لأنه ماله، إلا أن تشاء أخذه بقيمته مقلوعًا إن كان ينتفع به بعد القلع، وإلا فلا يقلع ولا شىء له؛ لأن ماليته تذهب بالقلع سفهًا، ولم تفوت عليه مالًا بالإبقاء.

وإن أعرته[1] للزرع فله حتى يتم، ويتمكن من البيع بالطيب، وليس لك كراء من يوم رمت إخراجه، ولا فيما مضى، إلا أن تعير للثواب، فهو كالإجارة.

فإن أعرته للبناء، وقال: أسكن عشر سنين ولك البناء بعدها - جاز إن بينتما صفة البناء، ومبلغه وأجله؛ لأنها إجارة، وإلا امتنع، وحيث امتنع، وبنى وسكن، فله قلع بنائه، ولك كراء أرضك؛ لفساد العقد، ولك إعطاؤه القيمة مقلوعًا، وإلا ينقضه، ويمتنع أن يغرسها شجرًا، وهو لك بعد الأجل؛ لأن الشجر لا يتحدد فيعرف.

قال صاحب النكت: قوله: وقال فى موضع آخر: يحتمل ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يعطيه قيمة ما أنفق إذا أخرج الآجر، والجير من عنده.

وقوله: «ما أنفق»: إذا أخرج الثمن فاشترى به هذه الأصناف.

وثانيها: قيمة ما أنفق إذا طال الأمد وتغير بالانتفاع، وما أنفق إذا كان بالقرب،

---

(١) فى أ: أخرته.

وعلى هذا لا يكون اختلافًا.

وثالثها: إن أعطاه ما أنفق، أى: عدة الدنانير، والدراهم، ولا يلتفت إلى الغبن اليسير، وقيمة ما أنفق، أى: بغير غبن إلا ما يتغابن الناس فى مثله؛ فهو اختلاف، والكل [فيه][١] محتمل.

وقوله فى عارية الزرع: «لا يخرجه حتى يطيب»، يريد: أن القيمة لا تكون فيه؛ [لأنه لا][٢] يباع، ولا يريد: أن فيه القيمة إذا طاب، بخلاف البناء والغرس؛ لأنهما يبقيان فى الأرض بخلاف الزرع؛ فلا يأخذه.

وقوله: «حتى يطيب»: مستدرك؛ لأن الزرع لا يباع بعد الطيب حتى ييبس.

والفرق بين أخذ البناء بعد عشر سنين، وبين منع بيع دار على أن تقبض بعد عشر سنين أن [البناء ههنا من حين كماله لك وإنما له السكن بخلاف البيع، ولو انهدم][٣] البناء فى أيام السكن فهو منك، أو قبل السكن رجع بقيمة بنائه عليك؛ لأنه لما تعذر سكنه رجع بالعوض، أو بعد بعض السكن ببعض القيمة بقدر ما لم يسكن، ويستوى اشتراط السكن تلك المدة بعد البناء، أو بعضها فى أمد البناء؛ لأن أمد فراغه معلوم، فيصير الشرط ما بعده، [لتقرر السكن][٤].

قال ابن يونس: ليس لك إخراجه فى البناء، وإن لم يضرب أجلًا[٥]، حتى يبلغ أمد مثله؛ لأن العرف كالشرط.

وقال أشهب: لك إخراجه بعد فراغ البناء والغرس، وإن قرب؛ لأنك لم تضرب أجلًا، وهو فرط حيث لم يضر به، وتعطيه قيمته مقلوعًا، أو تأمره بقلعه.

وقال - أيضًا -: لك إخراجه إذا احتجت لعرصتك، أو بيعها، تقدم شرط أم لا؛ لأن الضرورة مقدمة على المعروف، وإن كان لشر وقع بينكما لا لحاجة، امتنع الوفاء بالعقد السالم عن معارضة الضرورة، وحيث دفعت قيمته مقلوعًا فبعد أجرة القلع.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: ولا.
(٣) سقط فى أ.
(٤) فى ط: لتعند السكنى.
(٥) فى ط: أجل.

قال أشهب: إذا قلت فى الدابة: إلى موضع كذا، أو إلى كذا وكذا يومًا، أو حياتك، فليس لك الرجوع، وإن لم تزد على: أعرتك، فلك الرجوع متى شئت؛ لعدم تعين الزيادة.

قال مالك: كل من بنى بإذنك أو علمك فلم تمنعه، ولا أنكرت عليه - فله قيمته قائمًا؛ كالبانى بشبهة، وكذلك للمتكارى أرضًا، أو منحها، أو بنى فى أرض امرأته [أو أرض][1] بينه وبين شركائه بعلمهم، فلم يمنعوه.

والبانى بغير إذن ولا علم له القيمة مقلوعًا، وهو قول المدنيين، وقول أصحاب مالك.

قال ابن حبيب: ولم يختلف قوله فى ذلك.

قال مطرف: إذا اشترط عليه: إذا انقضى الأجل قلع بناءه، وترك غرسه - بطل الشرط؛ نفيًا للضرر، وله قيمته قائمًا إذا تم الأجل، ولو شرط أن له القيمة قائمًا، امتنع؛ لأنها إجارة بأجرة مجهولة، فما بنى فله الأقل من قيمة بنائه يوم فرغ، أو ما اتفق فيه، ولك كراء الأرض مبنية من يوم سكن.

قال اللخمى: العوارى هبات، تجوز معلومة ومجهولة وغررًا، وفى لزومها للمعير قسمان:

قسم يلزم بالعقد ثم يعود إليه، وهو ما ضرب فيه أجلًا، وعمله معلوم.

[وما لا يضرب أجلا ولا هو معلوم][2] قيل: لا يجبر على التسليم، ولك الاسترداد بعد التسليم وإن قرب، قاله ابن القاسم؛ لعدم تعين الموهوب من المنافع.

وقيل: يلزم إلى مدة مثله، قاله ابن القصار لأن العرف كالشرط.

وقال عبد الملك: ما يتكلف فيه الإنفاق والمؤنة وإن قلت، لا رجوع فيه؛ نفيًا للضرر، وإلا فلك الرجوع فى مثل فتح الباب، إلا أن يكون المستعير باع داره، وشرط للمشترى ما أذنت له فيه بعلمك؛ فيلزم أبدًا.

واختلف: إذا أذن له أن يغرس على مائه ففعل، فقيل: ليس له قطع ذلك الماء؛ لأنه كالهبة ما لم تؤقت[3] أو تسمه عارية.

(١) فى ط: وأراضى.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: توقف.

وقال أشهب: له الرجوع.

وإذا أذنت في إجراء نهر خلف حائطه، أو ميزاب على الحائط، فأضر بالحائط، منع؛ نفيًا للضرر، فإن احتاج الحائط إلى إصلاح له، فعلى من كان ذلك بسببه، وإن انهدم، وعلم صاحب الحائط بالفساد، لم يكن له عليه شيء، وإن لم يعلم، وعلم ذلك الآخر، كان بناؤه عليه.

فإن جهلا جميعًا، جرت على قولين؛ كالمخطئ فيما أذن له فيه، وأن يضمن أصوب.

فرع: في النوادر: كل من بنى في أرض غيره بإذنه، أو بعلمه، ولم ينكر عليه، أو بشبهة من الشبه، أو غرس فله قيمة ذلك قائمًا، وإلا فمنقوضًا.

غير أن مالكًا قال: إذا أسكنته دارك، وأذنت له أن يجدد فيها حجرًا، فليس له بعد المدة إلا النقض، إلا أن تعطيه قيمته منقوضًا؛ لدخوله عند الأجل على النقض.

نظائر: قال العبدي: يؤخذ البناء بقيمته مقلوعًا في ست مسائل:

البناء في أرض مغصوبة، أو عارية، أو بكراء، أو أرض زوجته، أو شركاء، أو ورثة.

بنى في ذلك كله بأمر أم لا، عند ابن القاسم.

وعند المدنيين: إن بنى بأمره فالقيمة قائمًا، وإلا فمقلوعًا.

وقد تقدم قبل هذا الفرع نقل آخر في هذا المعنى.

نظائر: قال: ويلزم الضمان إلا أن تقوم بينة في ست مسائل:

عارية ما يغاب عليه، والبيع[1] بالخيار فيما يغاب عليه، ونفقة الولد عند الحاضنة، والصداق مما يغاب عليه وادعت المرأة تلفه، ووقعت فيه الشركة بالطلاق، والمقسوم من التركة بين الورثة، ثم انتقضت القسمة بدين، أو غلط، وقد تلف وهو مما يغاب عليه، ومسألة الصناع في الإجارة.

فرع: في الكتاب: إذا استعار عشر سنين، فورثته بمنزلته قبض أم لا؛ لأنه حق له بالعقد.

وقال (ح)، و (ش): للمعير الرجوع، ولو قبض المستعير الدار؛ لأن المنافع

---

(١) في ط: المبيع.

معدومة فهى كهبة لم تقبض على أصلهم.

ونحن نمنعهم الحكم فى الموضعين، وسيتقرر ذلك فى الهبة - إن شاء الله - فإن مات المعير قبل القبض، بطلت العارية كالهبة.

قاعدة[1]: لا ينتقل للوارث خيار البيع، والرد بالعيب، والأخذ بالشفعة، والمطالبة بنفى الضرر عن الأملاك، ولا تنتقل إليه الوكالة، ولا الإيلاء، ولا اللعان، ولا النكاح، ولا خيار اشترطه له المتبايعان، فليس كل الحقوق تنتقل.

بل الضابط: أن ما كان مالًا أو متعلقًا بالمال انتقل؛ لأن الوارث يرث المال فورث متعلقاته، وكل ما هو متعلق بالنفس: كالنكاح، أو بالعقل والرأى: كخيار اشترطه له المتبايعان، والوكالة، فلا ينتقل؛ لأن جسمه، وعقله، ورأيه لا يورث.

فالعلم بهذه القاعدة يوضح لك هذه المواطن.

فرع: فى الكتاب: من أعمرته دارًا حياته، رجعت بعد موته إليك.

قال صاحب الاستذكار: هذا مذهب مالك، وأصحابه.

وكذلك إذا قال: لك ولعقبك، ترجع له، ولمن يرثه، وإنما يملك عند مالك وأصحابه بلفظ العمرى، والسكنى والاعتمار والاغتلال[2] والإعمار بالمنافع دون الرقاب.

وقال الأئمة: يملك الرقاب فى العمرى، قال: لعقبك أم لا؛ لما فى «الموطأ»: قال - عليه السلام -: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ، فَإِنَّهَا لِلَّذِى يُعْطَاهَا، لَا تَرْجِعُ لِلَّذِى أَعْطَاهَا أَبَدًا»[3]؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث.

وفى أبى داود: «العُمْرَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا وَالرُّقْبَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِها»[4].

---

(١) فى ط: القاعدة.

(٢) فى ط: الاستغلال.

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٤٥) فى الهبات: باب العمرى (٢٠/ ١٦٢٥)، ومالك فى الموطأ (٢/ ٧٥٦) (٤٣)، أبو داود (٣/ ٢٩٤) فى البيوع: باب من قال فيه: ولعقبه (٣٥٥٣)، والترمذى فى (٣/ ٦٣٢) فى الأحكام: باب ما جاء فى العمرى (١٣٥٠)، وقال: حسن صحيح. والنسائى (٦/ ٢٧٥) فى العمرى: باب ذكر الاختلاف على الزهرى فيه، وأحمد فى المسند (٣/ ٣٩٩).

(٤) أخرجه البخارى (٥/ ٢٣٨) فى الهبة: باب ما قيل فى العمرى والرقبى (٢٦٢٦)، ومسلم (٣/ ١٢٤٨) فى الهبات: باب العمرى (٣٢/ ١٦٢٦)، وأحمد (٢/ ٣٤٧) و (٤٢٩) و (٣/ ٣١٩)، وأبو داود (٣٥٤٨)، والنسائى (٦/ ٢٧٧).

وفى مسلم: «أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ وَلَا تُفْسِدُوهَا؛ فَإِنَّه مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى فَهِىَ لِلَّذِى أَعْمَرَها حَيًّا وَمَيِّتًا، وَلِعَقِبِهِ»[1]. ولا أثر لذكر العقب، [لأن العاقب][2] قد يموت قبله.

والجواب عن الأول: أنا نقول بموجبه؛ فإنها لا ترجع إلى الذى أعطاها أبدًا ما دام من عقب المعطى أحد.

وكذلك قال الداودى: لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث؛ فإن هذه الزيادة من قول الراوى، فعلل بالمواريث وجعلها المانعة، ونحن لا نغيرها ما دام ميراث من العقب.

ويوضحه: ألا تعود: فعل فى سياق النفى، هل يعم أم لا؟ خلاف بين الأصوليين، وإن سلمنا العموم فهو فى الأزمان المستقبلة، والعام فى حقيقته مطلقًا، وفى أحوالها على ما تقرر فى أصول الفقه، والمطلق تكفى فيه صورة، فنحمله على حالة عدم الوارث من العقب، فيسقط الاستدلال به فيما عداه؛ لأن ذلك شأن المطلقات.

وعن الثانى: القول بالموجب - أيضًا - فإن الجواز ثابت، إنما الخلاف فى الرجوع.

وعن الثالث: القول بالموجب [أيضًا][3]؛ فإنها له ولعقبه، حيًّا وميتًا، إنما الخلاف بعد العقب، ثم يتأكد ما ذكرناه بما فى الموطأ.

قال القاسم بن محمد لما سئل عن العمرى فقال: ما أدركت الناس إلا وهم عند شروطهم فى أموالهم.

وورد عليه: إن أراد الغالب، فليس حجة مطلقًا، فكيف تدفع به السنة، أو إجماع المدينة؟

فقد خالفه جمع كثير منهم، وقضى بها طارق بالمدينة.

---

(١) أخرجه مسلم (٣/١٢٤٦) فى كتاب الهبات: باب العمرى (٢٦/١٦٢٥)، والنسائى فى المجتبى (٦/٢٧٣) فى كتاب العمرى: باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر فى العمرى.

(٢) سقط فى ط.

(٣) سقط فى أ.

وقال إبراهيم بن إسحاق الحربى عن ابن الأعرابى: لم يختلف العرب فى العمرى، والرقبى، والإفقار، والإحمال، والمنحة، والعرية، والعارية، والسكنى، والإطراق - أنها على ملك أربابها، ومنافعها لمن جعلت له.

والخصم يدعى أن الشرع نقلها، والأصل: عدم النقل.

ولأن تمليك الرقاب متى اشترط فيه التأقيت، فسد؛ كالبيع، وههنا لم يفسد، فيصرف إلى المنافع؛ لأنها لا يفسدها التأقيت، بل شرط فى بعض صورها.

والخصم يدعى أن الشرع أبطل التأقيت؛ تصحيحًا للملك، ونحن ندعى أن الشرع اعتبره، والإبطال على خلاف الدليل؛ فيكون مذهبنا أرجح لغة وشرعًا.

ولأن التبرع على خلاف الأصل، خالفناه فى المنافع، فيبقى فى الرقاب على مقتضى الأصل؛ تعليلًا للمخالفة.

فائدة: قال صاحب التنبيهات: العارية: بتشديد الياء . والعمرى - بسكون الميم - من العمر. والرقبى - بضم الراء وسكون القاف - مقصورة؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه.

وتفسد الرقبى من جهتين، وتصح من جهة واحدة، نحو قوله فى عبده: فإن مت فاخدم فلانًا حتى يموت ثم أنت حر؛ لأنه كالتعمير، ووصية بعده بالخدمة، وعتق إلى أجل.

وتفسد إذا كانت المراقبة من الجهتين؛ لكونها خارجة عن الوصية والعتق إلى أجل، وإن[1] كانت قبالة الدار دار أخرى من الجهة الأخرى؛ لكونها معاوضة فاسدة.

ووافقنا (ح) فى الرقبى، وجوز (ش)، وأحمد القسمين الأولين، ولم يبطلا إلا المعاوضة فى القسم الأخير.

فرع: فى الكتاب: العمرى: فى الرقيق، والحيوان، ولم أسمع ذلك فى الثياب، وهى[2] عندى على ما أعطاه مُن الشرط.

وتمتنع الرقبى، وهى: أن تكون دار بينكما، فتحبسانها على أن من مات منكما أولًا فنصيبه حبس على الآخر؛ للغرر.

---

(١) فى ط: إذا.
(٢) فى أ: وهو

وكذلك العبد بينكما تحبسانه على أن من مات أولًا فنصيبه يخدم [الآخر حياته][(١)]، ثم يكون حرًّا، ويلزمهما العتق إلى موتهما، ومن مات خدم نصيبه ورثته دون صاحبه، فإذا مات آخرهما، عتق نصيبه، وكل واحد تصرفه فى ثلثه؛ كمن قال: إذا مت فعبدى يخدم فلانًا حياته، ثم هو حر.

ولو قال: عبدى حر بعد موت فلان، فهو حر من رأس المال؛ لأنه تصرف فى الصحة.

والتعليق على الموت يعد واقعًا عنده؛ لأن الشروط اللغوية أسباب، والمسبب عند السبب، فيختص بالثلث كالوصايا.

قال ابن يونس: إذا أعمره وعقبه، لا يرجع إليه؛ لحديث الموطأ المتقدم، فيكون موقوفًا عليهم ما دام أحد من العقب حيًّا.

ولا فرق فى التعمير بين إسكانه عمره، أو عمر فلان، أو إلى قدوم فلان، وتجرى المواريث له، ولعقبه فى النفع دون الأصل.

قال اللخمى: إذا قال: من مات منًّا فنصيبه حبس على الحى:

فعلى القول إنه يرجع[(٢)] الحبس على المعين ملكًا - يبطل هذا، ويصنعان بالدار ما أحبا، وعلى القول إنه يرجع حبسًا - تبطل السكنى خاصة، وتكون ملكًا لهما حتى يموت آخرهما، فتكون على مرجع الأحباس.

تنبيه: إذا أسكنه، هل ملكه المنفعة، أو ملكه أن ينتفع؟ كما ملك الشرع الانتفاع بالمساجد، والربط، والمدارس، والطرقات، فله المعاوضة عن المنفعة فى القسم الأول دون الثانى؟

والجواب: أن ابن أبى زيد نقل فى النوادر: أن له فى الوصايا إذا أوصى لرجل بغلة مسكن، [ولآخر][(٣)] بمسكن آخر، لكل واحد أن يسكن، وأن يستغل، وهو دليل على أنه ملكه المنفعة.

فرع: فى الجواهر: إذا قلت: أجرتها[(٤)]، وقال الراكب: أعرت، صدق مع

---

(١) فى ط: آخرهما موتًا.
(٢) فى أ: مرجع.
(٣) سقط فى أ.
(٤) فى ط: أجرت لك.

يمينه، إلا أن يكون شأنه عدم الكراء لعلو قدره.

وكذلك لو قلت: عقبتنيها[١].

فرع: فى المقدمات: أجرة حمل العارية على المستعير؛ لقوله - عليه السلام - لصفوان فى الأدرعة: «اكْفِنَا حَمْلَهَا» فدل على أن الحمل عليه.

واختلف فى أجرة الرد:

فقيل: عليه؛ لوجوب التسليم [عليه][٢].

وقيل: المعير؛ لأنه صنع معروفًا؛ فلا يأخذ عليه أجرًا، ومنفعة الرد تختص به، بخلاف النقل إلى المستعير.

فرع: قال: من حق المستعير الإشهاد على الرد، وإن قبضها بغير إشهاد، بخلاف الوديعة؛ لأن العارية مضمونة بخلافها.

فرع: قال الأبهرى: إذا مات العبد المخدم قبل انقضاء الخدمة فماله لصاحب الرقبة، أو لورثته، وإذا قتل، فقيمته لسيده، وأرش جراحه؛ لأنه مالك للرقبة.

فإن جنى قبل الخدمة قيل: للمخدَم: افده حتى تخلص لك الخدمة، فإن الجناية تتعلق بالعبيد، فإن امتنع، فقد أسقط حقه من الخدمة، ويخير السيد بين إسلامه وافتكاكه على قاعدة جناية العبيد.

فرع: قال الأبهرى: إن أعمر أمة، امتنع وطؤها؛ لئلا يبطل وطء السيد الإعمار، بأن يصيرها أم ولد بوطئه، والمعمر ليس مالكًا للرقبة فتحرم عليهما.

فرع: قال: إذا أعمر عبدًا؛ فنفقته [حياة المعير] [٣] عليه؛ لأنه المنتفع.

وعن مالك: إذا حبس على أم ولده خادمًا، فنفقتها على الورثة.

وابن القاسم، وأشهب على قوله الأول.

وإذا أوصى بخدمته سنين، فأولها يوم موته؛ لأن الوصية إنما تعتبر بعد الموت.

فرع: قال: ولد المخدم من أمته، بمنزلته، يخدم معه؛ كما يدخل فى كتابته، وتدبيره، وإن قتله سيده خطأ، فلا شىء عليه؛ لأنه لا يضمن لنفسه، أو عمدًا، فعليه قيمته لمن أخدمه فى السنين التى أعمر، فيكرى له عبد منها يخدمه، فإن لم تف، لم

(١) فى ط: غصبتنيها.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى أ.

يكن عليه شيء، وإن زادت فللسيد؛ لأنه قد وفى بالخدمة.

قال: والصحيح عندى: أن يكون الخطأ كذلك؛ لأنه أفسد خدمته، خلافًا لقول مالك المتقدم.

فإن أعتق نصف المخدم، عتق كله؛ لقوة العتق فى نظر الشرع، واستؤجر من قيمة النصف كما إذا قتله.

وولد المخدمة معها يخدم، فإن ماتت بقى ولدها يخدم.

فرع: فى الجواهر: حكم العارية اللزوم، ومتى كانت إلى أجل معلوم، أو كان لها قدر معلوم، كعارية الدابة إلى موضع كذا، أو[1] العبد يبنى كذا، أو يخيط كذا - فهى لازمة. فإن لم يضرب أجلًا، ولا كان لها مدة انقضاء[2]، لزمت بالقول والقبول، ويبقيها مدة انتفاع مثلها عند استعارتها.

وخالفنا الأئمة وقالوا: لا يجب التسليم ولا التمادى بعده؛ لأن المنافع معدومة فهى كهبة لم تقبض، على أصلهم فى الهبة.

وسيأتى تقريره فى الهبة - إن شاء الله - والعارية مقيسة عليها.

وقال أشهب: المعير بالخيار فى تسليم ذلك، وإن سلمه كان له الرد، وإن قرب.

قال أبو الفرج: وأرى: أن وجوبها بالقول دون الإقباض إنما هو فيما عدا الأرضين.

* * *

---

(١) فى ط: و.

(٢) فى ط: القضاء.

كتاب الهبة والصدقة

قال صاحب المقدمات: لا تفترق الهبة والصدقة إلا فى حكمين:

الاعتصار.

وجواز الرجوع بالبيع والهبة.

فلا يصح ذلك فى الصدقة إلا أن تكون على ابن صغير، ثلاث روايات:

المنع إلا لضرورة، نحو: كونها أمة فتتبعها نفسه، أو يحتاج فيأخذها لحاجته، وهو ظاهر المدونة.

وثانيها: يجوز الرجوع فيها بالبيع والهبة، من غير ضرورة دون الاعتصار.

وثالثها: الرجوع بالبيع، والهبة، والاعتصار؛ قياسًا على الهبة.

والفرق بين حقيقتهما: أن الهبة للمواصلة والوداد، والصدقة لابتغاء الثواب عند الله، تعالى.

وإذا تقرر اشتراك الصدقة والهبة فيما عدا هذين الحكمين، فليكن الكلام عليهما واحدًا.

والنظر فى الأركان، والشروط، والأحكام. فهذه ثلاثة أنظار:

النظر الأول: فى الأركان، وهى أربعة:

الركن الأول: الواهب.

وشرطه: أهلية التبرع، وعدم الحجر.

وفى الكتاب: تمنع هبة الأب من مال ابنه الصغير؛ لأن الله - تعالى - منع التصرف إلا بالتى هى أحسن، وكل من ولى أمرًا لا يتصرف فيه إلا بالتى هى أحسن؛ لقوله - عليه السلام -: «مَنْ ولِىَ مِنْ أُمُورِ النَّاسِ شَيْئًا فَلَمْ يَجْتَهِدْ لَهُمْ وَلَمْ يَنْصَحْ، فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ»[1].

فإن تلف الموهوب بهبته، ضمنه، وإذا تزوجت الجارية ولم تدخل، فلا تجوز صدقتها ولا هبتها، فى ثلث ولا غيره، حتى تدخل وتكون رشيدة ففى ثلثها، وليس

---

(١) أخرجه البخارى (٧١٥٠)، ومسلم (٢٢٧/ ١٤٢) والبغوى فى شرح السنة (٥/ ٣١٨) (٢٤٧٢) من حديث معقل بن يسار.

بعد الدخول حد مؤقت، وحدها: الدخول إن[1] كانت مصلحة لمالها.

قال ابن يونس: قال عبد الحكم: البكر البالغ عليها ولى، يبطل صنيعها فى مالها، وإن لم يول عليها جاز صنيعها من بيع وشراء، دون العتق والصدقة والعطية.

وجوز سحنون جميع صنيعها ما لم يول عليها؛ لأن البلوغ مظنة الرشد.

قال مالك: إذا تصدقت البكر على أبويها ثم تزوجت ودخلت، فلها ردها؛ لأن تصرفها غير نافذ.

قال ابن نافع: ولو أقامت بعد البناء سنين فقالت: ما علمت أنه لا يلزمنى، فلها الرد؛ لأن مثل هذا مما يجهله النساء، وتحلف.

قال مطرف: ولو أجاز [الزوج][2] ما صنعت قبل الدخول، لم يجز؛ لأن الحجر لعدم الأهلية لا لحقه، وإن ماتت البكر ولم ترد، أو لم تعلم، فلورثتها الرد ما لم تجزه بعد الرشد، أو تتركه رضا.

ولو مات العبد الذى أعتقه، لم يورث إلا بالرق، ولا يورث حرًا؛ لبطلان العتق.

فرع: فى الكتاب: إذا وهب الذمى للذمى، فلم يدفعها له حتى بدا له، فذلك له؛ لعدم الحوز، وقد قيل ذلك للمسلم، فكيف الذمى؟

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إن كان أحدهما مسلمًا، قضى بدفعها؛ تغليبًا لحكم الإسلام. وضعف أشهب صدقة الذمى وإن كانت على مسلم، إن كان من أهل العنوة.

قال صاحب التنبيهات: قوله فى الذمى: لا يحكم عليه:

قيل: معناه: إذا لم يترافعوا إلينا، ولو تراضوا لحكمنا بحكم الإسلام.

وقيل: وإن ترافعوا؛ قياسًا على العتق، وليس من باب التظالم.

فرع: قال اللخمى: الحرة محجور عليها إذا تزوجت فيما يزيد على الثلث؛ لقوله- عليه السلام -: «تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ: لِدِينِهَا، وَنَسَبِهَا وَمَالِهَا وَجَمَالِهَا،

---

(١) فى ط: بأن.

(٢) سقط فى أ.

فَعَلَيْكَ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ»[(١)].

وجوز لها الثلث؛ كالمريض، فلو تصدقت بثلث ثم بثلث الباقى، وبعد ما بين الصدقتين - أمضاه محمد؛ نظرًا للبعد، فكأن الباقى مال لم يتصدق منه.

وقال عبد الوهاب: ليس لها بعد ذلك فى ذلك المال عطية، إلا أن تفيد مالًا آخر.

قال: وهو أحسن، فإن قرب ما بينهما نحو اليومين، بطل الجميع؛ لأنهما كالعقد الواحد، أو نصف سنة مضى الجميع، أو نحو الشهر مضى الأول فقط.

قال أصبغ: قال: وأرى: أن يمضى الأول، وإن قرب[(٢)] الثانى؛ لأنا[(٣)] فى أمر الثانى على شك: هل هو رأى حدث؟ أو كانت معتقدته أولا؟ مع أن الصواب فى العطية الواحدة إذا جاوزت الثلث: رد الزائد، إلا أن تفيد مالًا.

ولو قيل: لها أن تعطى جميع الفائدة، صح؛ لأن الفائدة لم تخطر ببال الزوج عند العقد، ولا زاد فى الصداق لأجله، وقد يكون له مقال إذا كان ذلك ميراثًا عن أبيها وزاد فى الصداق؛ ليسار أبيها، فإن تحملت حمالة بأكثر من الثلث، منع؛ لأنه هبة.

وجوزه عبد الملك لعدم تعين البلوغ، لا سيما إذا كان المضمون موسرًا، فإن لزمها الغرم[(٤)] لعدم النضوض أو لغيبته[(٥)]، رجعت متى تيسر[(٦)] الأخذ، فإن كان فقيرًا، جاز من الثلث، وسقط الزائد.

فرع: قال الأبهرى: قال مالك: إذا تصدق المريض، ثم صح، فلا رجوع له؛ لأن الحجر لقيام المانع، وقد ذهب، لا لعدم الأهلية، بخلاف غير البالغ.

الركن الثانى: الموهوب [له][(٧)]، وشرطه: قبول الملك.

الركن الثالث: الموهوب.

ففى الجواهر: هو كل مملوك يقبل النقل مباح فى الشرع، كان معلومًا أو

---

(١) تقدم.
(٢) فى أ: وأن يرث.
(٣) فى ط: لأنه.
(٤) فى ط: الصوم.
(٥) فى ط: أو لغيرته.
(٦) فى أ: تبين.
(٧) سقط فى أ.

مجهولًا، فتصح هبة الآبق، والكلب، والمرهون ويجبر الراهن [١]على افتكاكه؛ لجنايته على ما يقوم مقام الدين.

وقيل: لا يجبر على التعجيل إذا حلف أنه لم يرد التعجيل، ويخير المرتهن بين ترك الرهن فتمضى الهبة، أو تبقيته إلى الأجل، فإذا حل، والواهب موسر، قضى الدين، وأخذ الموهوب له الرهن؛ جمعًا بين المصالح، وإن كان يجهل أن الهبة لا تتم إلا بعد تعجيل الدين، حلف على ذلك، ولم يجبر على التعجيل قولًا واحدًا.

أوتصح هبة الدين كرهنه، وقبضه هبة كقبضه رهنًا، مع إعلان المديان بالهبة.

فرع: فى الكتاب: تجوز فى قسط من زيت جلجلانك هذا، أو تمر نخلتك قابلًا، ويلزمك عصره؛ لأنك التزمته بالعقد، ويمتنع أن تعطيه من زيت غيره؛ خشية التأخير فى الطعام، ولتوقع تلف جلجلانك؛ فهو غرر أيضًا.

قال ابن يونس: فى كتاب محمد: عصره عليهما بالحصاص على ما يخرج، وإن لم يخرج إلا الموهوب فكله على الموهوب؛ لأن العقد أوجب عليك زيتًا لا عصره[٢].

قال اللخمى: إذا دفع له من دهن آخر قرضًا، جاز، فإن هلك الجلجلان قبل أن يستوفى منه، رجع على الموهوب، وإن اشتراه بدهن آخر، صح؛ لأنه مناجزة، أو بدهن؛ ليأخذه بعد العصر، امتنع؛ للنساء.

فصار له ثلاث حالات: يجوز اثنان، وتمتنع واحدة.

فرع: فى الكتاب: إذا وهبت نصيبًا من دار لم تسمه فسرته بما شئت، أو: وراثتك من الدار لا تدرى كم هى، صح، أو: عبدك المأذون وقد[٣] اغترقه دين، جاز، أو: عبدًا جانيًا وأنت عالم بجنايته، لم ينعقد، إلا أن تتحمل الجناية؛ لأنك تخير بين الفك والتسليم، فهبتك اختيار للفك، فإن امتنعت، حلفت: ما أردت تحملها، والجناية أولى؛ لأنها فى رقبة[٤] متقدمة.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا تصدق بميراثه ثم قال: كنت أظنه أقل من هذا، حلف إن ظهر صدقه، فإن كان عالمًا بمورثه وبيسره، نفذ ذلك عليه، وإن لم

(١) فى ط: الواهب.
(٢) فى أ: لا عصيره.
(٣) فى ط: وقت.
(٤) فى ط: رقبته.

يعلم مبلغه؛ لدخوله على ذلك.

وقال ابن عبد الحكم: ينفذ، وإن ظهر أنها كثيرة.

وقال ابن القاسم: إذا تصدق بما يرث على ابنه، لا أقضى عليه بذلك، وهو لا يدرى ما يرث.

قال أصبغ: إذا قال: تصدقت بميراثى وهو كذا من البقر، وكذا من الإبل والرقيق والعروض، وفى التركة بساتين لم يذكرها - له ما نص دون ما سكت عنه.

قال اللخمى: أراد: إذا ظهر له خلاف ما أعطى، يختلف حاله، فإن كان يرى أن للموروث دارًا يعرفها فى ملكه، فأبدلها الميت فى غيبته بأفضل - فله رد الجميع إذا قصد تلك الدار، وإن خلف مالًا حاضرًا، ثم طرأ له مال لم يعلمه، نفذ ما علمه خاصة. وإن كان جميع ماله حاضرًا، أو كان يظن أن قدره كذا، فتبين أنه أكثر - فهو شريك بالزائد.

الركن الرابع: السبب الناقل.

وفى الجواهر: هو صيغة الإيجاب والقبول الدالة على التمليك بغير عوض، أو ما يقوم مقامها فى الدلالة على ذلك من قول أو فعل؛ قياسًا على البيع.

ولأن مقصود الشرع: الرضا، فأى شىء دل على مقصود الشرع، اعتبر؛ لقوله - عليه السلام -: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[١] مفهومه: إذا طابت نفسه حل.

قال ابن يونس: سألك أن تهبه دينارًا فقلت: نعم، ثم بدا لك:

قال مالك: ذلك لك.

تنبيه: مذهب (ش): القبول على الفور.

وظاهر مذهبنا: يجوز على التراخى؛ لما يأتى بعد ذلك من إرسال الهبة للموهوب قبل القبول.

و (ش) يقول: لا بد من توكيل الرسول فى أن يهب عنه.

ولم يشترط ذلك مالك، وقد وقع لأصحابنا أن للموهوب التروى قبل[٢] القبول، وسيأتى ذلك فى الفروع.

---

(١) سيأتى تخريجه.

(٢) فى ط: فى.

النظر الثانى: فى شرطها: وهو الحوز، وقاله الأئمة؛ كما قلنا فى الهبة، والصدقة، والهدية.

وأصله: ما فى الموطأ: أن أبا بكر الصديق - رضى الله عنه - وهب ابنته عائشة - رضى الله عنهما - جاد عشرين وسقًا[1] بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلى غنى بعدى منك، ولا أعز فقرًا بعدى منك، وإنى قد نحلتك جادَّ عشرين وسقًا، فلو كنت جددتيه، واحتزتيه، كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك وأختاك، فاقتسموه على كتاب الله تعالى.

فقالت: والله يا أبتى لو كان كذا وكذا، لتركته، إنما هى أسماء، فمن الأخرى؟ قال: ذو بطن بنت خارجة[2].

فوائد: قال صاحب المنتقى: قال عيسى: جاد عشرين وسقًا أى: جداد؛ فتكون[3] صفة للثمرة، أى: وهبتك عشرين مجدودة.

وقال الأصمعى: أى: نخلًا يجد منها ذلك؛ فتكون صفة للنخل، أى: وهبتك نخلًا تجدين منها[4] ذلك.

قال صاحب الاستذكار: فيه تفضيل بعض الولد، وأن الحوز شرط، وجواز هبة المشاع.

قال صاحب التنبيهات[5]: جادّ عشرين وسقًا - بتشديد الدال - أى: ما يجد منه ذلك العدد. والوسق - بكسر الواو -: الاسم، وبالفتح: المصدر.

سؤال: كيف يخبر عن صفة حمل امرأته وأنه أنثى؟ وفى مسلم: «خَمْسٌ لَا يَعْلَمُهُنَّ إِلَّا الله، وتَلَا عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ عِندَهُۥ عِلْمُ ٱلسَّاعَةِ وَيُنَزِّلُ ٱلْغَيْثَ وَيَعْلَمُ مَا فِى ٱلْأَرْحَامِ وَمَا تَدْرِى نَفْسٌ مَّاذَا تَكْسِبُ غَدًا وَمَا تَدْرِى نَفْسٌۢ بِأَىِّ أَرْضٍ تَمُوتُ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾[6] [لقمان: ٣٤]؟

---

(١) زاد فى ط: من ماله.

(٢) من حديث عائشة أنها قالت: إن أبا بكر الصديق نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة. أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٧٥٢) (٤).

(٣) فى أ: فيظن.

(٤) فى ط: منه.

(٥) فى ط: قال صاحب البيان.

(٦) أخرجه مسلم (٥/٧، ٩)، وبلفظ: مفاتيح الغيب خمس... أخرجه البخارى (٨/ ٢٩١) فى =

جوابه: الذى اختص به الله - تعالى - هو علم هذه بغير سبب محصل [١]للعلم، والصديق - رضى الله عنه - قيل: علم ذلك بسبب منام رآه؛ فلا تناقض.

قال صاحب المقدمات: إنما كان الحوز شرطًا فى العطاء؛ خشية أن ينتفع الإنسان بماله عمره، ثم يخرجه عن ورثته بعد وفاته، وقد توعد الله - تعالى - من يتعدى حدود الفرائض فقال: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِن تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ﴾ [النساء: ١٣ - ١٤].

وفى المسألة أربعة أقوال:

[الأول]: لا يشترط [الحوز][٢]، ويكفى القبول؛ كالبيع، وإنما لم ينفذ الصديق- رضى الله عنه - هبته؛ لأنها كانت مجهولة؛ لأن بيع عشرين وسقًا ممتنع، فلو كانت معلومة لنفذها.

[الثانى:] وقال (ش)، والأئمة: لا تلزم الصدقة والهبة بالقبول، وله الرجوع، ولا يقضى عليه، بل إنما يحصل الملك ويتعلق الحق بالقبض.

و[الثالث:] الفرق بين الهبة [والصدقة] فلا تملك [الهبة] إلا بالقبض، ويكفى فى الصدقة القبول؛ لأنها لله تعالى.

والرابع: قول مالك.

قاعدة: العقود[٣] الناقلة للأملاك ثلاثة أقسام:

منها ما شرع لدفع الحاجات، وتحصيل المهمات، فشرع لازمًا تامًّا بمجرده من غير اتصال قبض، ولا غيره اتفاقًا؛ تحقيقًا لتلك المقاصد العامة المحتاج إليها.

ومنها ما شرع معروفًا عند الممات وهو الوصية، فشرع الرجوع فيه؛ ترغيبًا فى نقل الدنيا للآخرة حينئذ، فإن الموصى إذا علم أن له الرجوع، لم يبق له مانع من

= كتاب التفسير (٦٥) سورة الأنعام الآية (٥٩).

(١) فى أ: يحصل.

(٢) سقط فى أ.

(٣) فى أ: النقول.

الإيصاء؛ لأنه إن مات لا يأسف، وإن عاش لا يأسف بسبب القدرة على الرجوع، فلو منع من الرجوع امتنع من الإيصاء؛ خشية الندم، وهذا متفق عليه أيضًا.

وقسم اختلف فيه: هل يلحق بالأول أو الثانى؟ وهو الهبة، والصدقة، والهدية، والعمرى، والعارية، والوقف.

فإذا لاحظنا خلوها عن العوض والحاجات، ينبغى أن تلحق بالوصية، وإن لاحظنا كونها فى الحياة التى هى مظنة المكافأة بأمثالها من الهبات وأنواع الثناء والمحامد، وكل ذلك من مقاصد العقلاء فى الحياة - فهى تقوم مقام الأعراض؛ فينبغى أن تلحق بالبيع.

أو نلاحظ تهمة إعراء المال عن الورثة مع شبهة البيع فنوجبها بالعقد، ونبطلها بعدم القبض؛ توفية بالشبهين[١].

فرع: فى الكتاب: تجوز فى نصف دار أو عبد، ويحل محلك، ويكون ذلك حوزًا، وقاله (ش)، وأحمد.

قال اللخمى: ومنع سحنون.

وكذلك الخلاف فى الرهن.

وقال (ح): هبة المشاع جائزة فيما تتعذر قسمته، كالجوهر والحيوان، وممتنعة فيما يمكن قسمته؛ لأن الحيازة لا تتم إلا بالقسمة، ولم تحصل ههنا، ولأنه تتعذر حيازته؛ فتمتنع هبته، كصوف على ظهر الحيوان.

ولأنه غير متميز[٢] فيمتنع؛ كهبة أحد عبيده.

وبالقياس على ما إذا قال: وهبتك اليوم، وغدًا ملكه؛ فإن عدم القسمة تؤدى إلى المهايأة كذلك يومًا بيوم، وبالقياس على جعل الشائع مسجدًا، بجامع التبرع.

والجواب عن الأول: أنه ممنوع، بل يجوز كما يجوز فى البيع بدون فسخه.

وعن الثانى: أنه ممنوع، فإن عندنا تجوز هبة الصوف وغيره من الغرر والمجهول. وهو الجواب عن الثالث.

وعن الرابع: أنها لم ترجع إليه فى غد، بل ملك الواهب مستمر، وكذلك الموهوب، وإنما المتوزع على الأيام المنافع؛ كما نقوله فى البيع سواء.

---

(١) فى ط: بالشبهتين.
(٢) فى ط: معين.

وعن الخامس: أن الشائع لا يحصل فيه مقصود المسجد؛ فإن الصلاة فى غير المتعين متعذرة، بخلاف الانتفاع بالشائع بالبيع، والإجارة، والسكن على سبيل المهايأة، ثم يتأكد[(١)] ما قلناه بقوله - تعالى -: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، فتقع الهبة فى نصف الصداق شائعًا، وقد تكون تقسم ولا تنقسم.

وفى البخارى: أنه - عليه السلام - وهب هوازن ما يتعلق به، وبنى عبد المطلب مما غنم منهم[(٢)].

وحديث أبى بكر الصديق - رضى الله عنه - المتقدم؛ فإن الثمر الموهوب كان شائعًا.

فرع: قال ابن يونس: موت الواهب يبطل الهبة للأجنبى؛ لأنه أراد إخراج وصيته من رأس ماله، وإخراج حق الورثة منها.

قال ابن القاسم: كل صدقة، أو حبس، أو نحلة، أو عمرى، أو هبة لغير ثواب بموت المعطى، أو بفلس، أو بمرض قبل الحوز تبطل، إلا أن يصح؛ فتحاز عنه بعد ذلك، فإن أراد القبض فى المرض:

فمن مالك: يمتنع؛ لتعلق حق الوارث، ولأثر الصديق، رضى الله عنه.

وقال أشهب: يقضى له الآن بثلثها؛ لأن أقل الأحوال أن تكون تبرعًا، فإن صح فله الباقى، ولا أرى قول[(٣)] من قال: يحوزها كلها من الثلث.

قال محمد: وأظن جوابه محمولًا على ما إذا لم يترك غيرها؛ ولذلك قال: ثلثها.

قال عبد الملك: وإذا استدان وأحاط بماله وبالصدقة، فالدَّين أولى.

وقال أصبغ: الصدقة أولى من الدين المستحدث بعدها، كتقدم العتق على الدين. والفرق [أنه][(٤)] خير بخلافها.

---

(١) زاد فى ط: ما يتأكد.

(٢) أخرجه البخارى (٣٧٧٦)، والطبرانى (٣٨٤٤)، ومسلم (١٠٥٩/١٣٢) عن أنس بن مالك.

(٣) فى أ: بقول.

(٤) سقط فى أ.

وإذا مات الموهوب فورثته مقامه.

وفى الجواهر: إذا مات الواهب والطالب يجد فى الطلب غير تارك؛ لسعيه فى طلب البينة - فهو حوز عند ابن القاسم.

وقال عبد الملك: ليس بحوز وتبطل.

وإن جن الواهب، بطلت إن اتصل جنونه بالموت، وإلا فلا.

قال صاحب المنتقى: إذا اجتهد فى طلب الآبق، فلم يجده إلا بعد موت الواهب، نفذ؛ لأنه لم يكن بيد المعطى.

والإشهاد والطلب كاف؛ كالدين، قاله عبد الملك.

وإحاطة الدين بالمال تمنع الهبة، ولو حيزت؛ لتعلق حق الغرماء بما فى يديه.

وجوزه (ش) ؛ لكونه يتصرف فى ملكه.

فرع: فى الكتاب: قلت له: ادفع لفلان مائة صلة منى، فمات الآمر قبل دفع المأمور، أو بعثت بهدية فمت قبل وصولها - فإن كنت أشهدت فى الصورتين نفذتا، وإلا فلا، وكذلك إن تصدقت بدين لك.

ولو سقت صداقًا فمت قبل قبض المرأة، فهو لازم.

وقال غيره: إذا مت قبل وصول المائة، فلا شىء للمعطى، وكل معروف إذا أشهدت به لزمك عند مالك.

قال ابن يونس: وكذلك إن وهبت، فبعثت الهبة للموهوب برضاه قبل أن يقبضها، ثم مت - صحت الهبة؛ لتعلق حق المشترى بها.

فرع: قال ابن يونس: لا تفيد حيازة الأخ، ولا أحد غير الموهوب إلا فى أربع صور:

الرجل يتصدق بالثوب فى السفر.

والحاج يشترى لأهله أشياء ويشهد على ذلك ثم يموت، ولا يكفى الذكر دون الإشهاد.

والحبس الذى لا غلة له، كالسلاح إذا أخرجه مرة فيما جعل فيه، ثم رجع إلى يده - فهو نافذ.

والدار يتصدق بها فيحوزونها نحو سنة، ثم يكتريها، فيسكنها، فيموت فيها، تنفذ من رأس ماله.

فأما على من لم يولد بعد أو على أصاغر، فلا، وإن حاز هو أو غيره، حتى يكبر الأصاغر ويحوزوا نحو سنة، ثم يكتريها، فيموت فيها - فتنفذ، وإن كره له ذلك؛ لأنه رجوع فى الصدقة.

قال هذا كله مالك، وأصحابه لا يختلفون فيه.

قال اللخمى: قال مالك: إذا أشهد أن هذه الضحايا لأهله، ثم مات قبل الذبح؛ فهى من رأس ماله، وإن لم يشهد فهى ميراث، ومن بعث بهدايا أو صلة لرجل، ثم مات الباعث والمبعوث له قبل وصولها - رجعت إلى الباعث، أو ورثته، إلا أن يشهد على إنفاذها، فتنفذ وإن ماتا.

وقال عبد الملك: إن قبضها رسالة فلا شىء للمعطى، مات أو مات المعطى، وذلك حيازة للغائب. وإن تصدق على غائب، وجعلها على يد غيره، ثم مات - فإن قال له: لا تعطيه إياها حتى آمرك، بطلت، أو قال: حتى أموت، فهى من الثلث.

وإن قال: أوصلها إليه وأشهد له بها، أو قال: خذها له، فمن رأس المال، وإن لم يقل: خذها، فعلى الخلاف المتقدم.

وإن علم المتصدق عليه، فقال: اتركها لى عندك، فمن رأس المال؛ لأنه قبض وإيداع، وإن سكت عن دفعها وحبسها، ففى إمضائها قولان له، ورجع إلى أنها ساقطة.

وفى الكتاب: إذا اشتريت هدية لأهلك فى سفرك من كسوة وغيرها، ومت قبل الوصول - فهى لمن اشتريت إن أشهدت، وإلا فميراث.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إنما هذا إذا اشتراه لصغار ولده وأبكار بناته؛ لأنه يحوز لهم، وقيل إن[١] أشهد على المال، واشترى به الهدايا، تمت؛ لأنه نقله[٢] عن المال الذى وهبه، وإن أشهد على الهدية فلابد من الخروج عن يده إلى غيره.

قال: وليس بشىء، بل يكفى الإشهاد؛ لأن المسافر معذور، فيكون حوزه الإشهاد؛ كما كان حوز الرقاب حوز المنافع والثمار؛ للضرورة.

ولو طلب المرسل استرجاع الصدقة من الرسول، فليس له ذلك.

(١) فى ط: إذا.
(٢) فى ط: نقل.

قال ابن القاسم: ولا يكفى مشترى الهدية فى الحج: هذا لابنى، وهذا لابنتى، حتى يشهد، ولا يكفى سماع البينة[١]، حتى يظهر عزمه بذلك بالإشهاد.

قال صاحب التنبيهات: مسألة ما يشتريه فى الحج لأهله، المراد به الزوجات والبنون وغيرهم، كبارًا كانوا أو صغارًا. تنبيه فى كتاب محمد: وهو يبطل ما روى عن ابن القاسم من أنهم صغار ولده، وإلا لم يختص ذلك بحج ولا سفر.

ولا معنى لقول بعضهم: إن معناه: أنه وهب العين واشترى بها؛ لأن الشراء يقوم مقام الحوز، [بل العلة فى ذلك كله: عدم التفريط فى الحوز][٢] فتكون هذه الصور ثمانية، تنفذ فيها[٣] العطية، وإن لم يقبضها المعطى.

فرع: قال ابن يونس: إذا أضاف الآخذ المعطى، أو اختفى عنده فى دار الهبة [فلا يضر ذلك؛ لأنها فى حوز الآخذ.

قال عبد الملك: إذا حازها المعطى][٤] حتى مات، بطلت العطية. وحيازة الآخذ المتقدمة - وإن طالت - لا تفيد كتابة الآخذ كتابًا أنه أسكنه إياها بأجرة.

وقال ابن القاسم: إذا حازها الآخذ سنة، لا يضر حوز المعطى بعد ذلك.

نظائر: قال أبو عمران: السنة معتبرة فى أربع عشرة مسألة:

حوز الهبة بخلاف الرهن، وتعريف اللقطة، والعبد الآبق يحبس سنة ثم يباع، والمجنون يستتم له سنة، والمعترض، والعهدة الكبرى فى الرقيق، وعدة المستحاضة والمرتابة والمريضة، والشفعة على رأى أشهب، وابن القاسم يزيد الشهرين، واليتيمة تمكث بعد الدخول سنة ثم يختبر رشدها، والجرح لا يحكم فيه إلا بعد سنة والبرء؛ لتمضى عليه الفصول كالمعترض، وإذا شهد عليه شاهد بالطلاق، فلم يحلف: يحبس سنة. والموصى بعتقه، فيمتنع أهله من بيعه: ينتظر سنة، فإن باعوه عتق بالوصية.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن القاسم: يكفى فى حوز الدار: دفع المفتاح، والبراءة منها إذا كانت حاضرة بالبلد.

---

(١) فى ط: ذلك.
(٢) فى ط: بها.
(٣) سقط فى أ.
(٤) سقط فى أ.

فرع: فى الكتاب: إذا باع المتصدق الدار قبل الحوز، وقد كان علم الآخر بالصدقة، فلم يقبض حتى بيعت - تم البيع والثمن المتصدق عليه؛ لأنه رضى بالبيع، وإن لم يعلم فله نقض البيع فى حياة الواهب، وأخذها، فإن مات الواهب قبل القبض، بطلت العطية، يبيعه أو لم يبع.

وقال أشهب: إذا خرجت من ملك المعطى بوجه ما، أو حيزت عليه، فليس للمعطى له شىء.

وكل صدقة، أو هبة، أو حبس، أو عطية بتلها مريض لرجل بعينه، أو للمساكين، فلم تخرج من يده حتى مات - فهى فى ثلثه؛ كوصاياه.

وحكم ذلك وحكم العتق: الإيقاف؛ ليصح فيتم، أو يموت فتكون من الثلث، ولا يتم فيه قبض للقابض فى المرض؛ لتعلق حق الوارث، وليس لقابضه أكل غلته، ولا رجوع للمريض فيه؛ لأنه بتله، بخلاف الوصية، ولا يتعجل بالموهوب قبضه إلا على أحد قولى مالك فى المريض له مال مأمون، فينفذ ما بتل من عتق وغيره؛ لأنه يؤمن من قصوره عن الثلث.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: وإن أعتق العبد معطيه قبل الحوز، بطلت الهبة والصدقة والإخدام حياته، علم الآخذ بالعطية أم لا، وكذلك لو أحبل الأمة، وتردد قوله فى أخذ قيمتها؛ لأن هذه أسباب تامة، والهبة قبل الحوز ضعيفة، ولو قتل العبد أجنبى، فالقيمة للموهوب؛ لأنها تقوم مقام العين، ولذلك سميت قيمة.

وقال أصبغ: لا ترد الكتابة، ولا التدبير، ولا العتق إلى أجل، ولا شىء للمعطى؛ لقوة هذه الأمور، وضعف الهبة قبل الحوز فيتقدم الأقوى، وإن عجز المكاتب فكذلك.

وقال ابن وهب: يرد العتق، وعليه القيمة فى الإيلاد، إن قصد إبطال الصدقة؛ لأنه ممنوع من إبطالها.

ولو وهبه لآخر، أو تصدق به، فالأول أحق به لسبقه، ولو حازه الآخر، ما لم يمت الواهب.

وقال أشهب: الثانى أحق؛ لضعف سبب الأول بعدم الحوز.

وقال ابن القاسم: إذا علم الأول فلا شىء له إذا حازه الآخر؛ لأنه مفرط، وإلا فهو أحق لسبقه ما لم يمت الواهب.

وفى الجواهر: إذا علم الموهوب فلم يقبض حتى باعها الواهب، نفذ البيع، والثمن للموهوب، وإن لم يعلم رد البيع، إلا أن يموت الواهب قبل العلم بعد البيع.

وعن ابن القاسم: يرد الموهوب للموهوب له.

ولو رهنها ثم مات، ثبت الرهن، وبطلت عند ابن القاسم.

ولو باعها الموهوب فلم يقبضها المشترى حتى مات الواهب:

روى ابن حبيب أن البيع حيازة، وقال أصبغ: ليس البيع بحيازة ولا غيره، إلا العتق وحده.

ولو وهبها الموهوب، ثم مات:

قال مالك: لا تكون الهبة حوزًا؛ لاحتياجها للحيازة.

فرع: تصدقت على ولدك الصغير بدين ثم اقتضيته، صح حوزًا، قاله مالك.

بخلاف الدنانير تتصدق بها عليه وتبقى تحت يدك.

والفرق: أن الدين قد حيز مدة حيازة تامة قبل قبضك؛ كما لو جعلت الدنانير تحت يد غيرك، ثم حدث لك موت أو سفر فتقبضها أنت؛ لأجل السفر، فذلك حوز.

ولو تصدقت بالدين على أجنبى فقبضته: فإن علم الغريم بالصدقة قبل الدفع، ضمن للمعطى، وإلا رجع المعطى على المعطى.

فرع: قال التونسى: الصدقة فى المرض لا تحتاج إلى حيازة؛ لأنها من الثلث؛ كالوصية، فلو وهب مريض لمريض هبة لا مال له غيرها، ثم وهبها الموهوب للموهوب فى مرضه، ولا مال له غيرها:

قال ابن القاسم: تقسم من تسعة: ثلاثة للموهوب له أولًا، منها واحد للواهب الأول.

قال: وهذا السهم يلزم منه الدور؛ لأنك إذا أعطيته لورثة الأول كثر ثلثه، فيرجع عليهم ورثة الثانى فى ثلثه كمال تجدد؛ لأن هبة البتل تدخل فيما علم وما لم يعلم، ثم يقوم عليهم ورثة الأول فى ثلث ثلثه، فيدور هكذا حتى يقطع، ولما كان كذلك سقط من الدورين، ويكون المال ثمانية أسهم: ستة لورثة الأول، واثنان لورثة الثانى.

فرع: قال اللخمى: لم يفرط فى القبض، فهى من رأس المال.

وعنه: تبطل؛ لأنه مريض، ولم يجعلها وصية.

وإن فرط، قال ابن القاسم: لا تخرج من رأس المال ولا من ثلث، وعلى قوله فى «العتق» يقوم عليه فى ثلثه: تخرج الصدقة من الثلث، فإن لم تقم عليه حتى مات بفور الصدقة:

قيل[1]: تبطل.

وقيل: تصح من رأس المال؛ لعدم التفريط فى الحوز.

فإن صح، لم تخرج من رأس المال ولا من الثلث؛ لتقدم حوز الورثة على حوز المتصدق.

فرع: فى الكتاب: إذا تصدقت على رجل بدراهم، وجعلتها على يد غيره، والمعطى حاضر عالم جائز الأمر، ولم يقم، ولم يقبض حتى مت - نفذت، إن لم تنه الذى هى على يديه عن دفعها إليه إلا بأمرك؛ لأن قبض الغير حوز له، فإن قلت: للغير ذلك، فلورثتك، لأنه حوز لك [لا له][2] حينئذ.

وإن دفعت مالا يفرق فى الفقراء أو فى سبيل الله ومت قبل إنفاذه، وقد أشهدت - نفذت من رأس المال؛ لاستقلال الحوز، وإن لم تشهد فالباقى منه لورثتك؛ لعدم الحوز فيه، ولو فرق الباقى بعد موتك، ضمنه لورثتك.

قال ابن يونس: إذا جعل الحبس على يد رجل، والمحبس عليهم كبار جاز؛ لأنك حزته لهم.

فرع: قال ابن يونس: إذا وهبت نصف عبدك فحوزه: أن يخدمه يومًا ويخدمك يومًا.

وعبد الغلة تؤجرانه جميعًا، وتقتسمان الغلة، فإن وهبت شقصًا لك فيه، لا يبقى بيدك منه شىء، بل جميعه إما بيد الشريك، أو بيد المعطَى، أو بأيديهما؛ تحقيقًا للحوز، وإن سلمت نصيبك واكتريت نصيب شريكك بطلت الهبة؛ لعدم الحوز باستيلائك من غير ضرورة، بخلاف بقائك شريكًا؛ لأنه ضرورة.

---

(١) فى ط: فقيل.

(٢) فى ط: لأنه.

فرع: قال: إذا وهبته ميراثك فى قرية مشاعًا، فعمل فيها بقدر حصته فهو حوز، قاله ابن القاسم.

وقال فى امرأة تصدقت على زوجها بميراثها من دار مشاعًا، فبنى فى ناحية منها وسكن بغير مقاسمة: بطلت. إلا أن يصالحه الشركاء فيبقون بناحية، وهو بناحية؛ لأنه لم يحز نصيبه كما وهبته[1] مشاعًا.

قال أصبغ: إلا الموضع الذى بنى فيه، صح الحوز فيه.

قال محمد: إن لم يكن بنى للمرأة فيها شيئًا، فهو حوز؛ لخروجها عنها، وإلا فكما قال ابن القاسم.

وإن وهبت سهمًا فى أرض، فعمر المعطَى قدر حصتك بحضرة الباقين، أو لاستغنائهم، أو ضعفهم عن العمل، لا يكون له إلا نصيبه فيما عمر؛ لأنهم لم يسلموا ذلك إليه.

قال: ولو تصدق بعض الورثة بناحية قبل قسمة الأرض، تقسم الأرض، إن وقعت تلك الناحية للمتصدق، فهى للمعطَى، وإلا بطلت الصدقة، وليس عليه التعويض؛ لأن الصدقة إنما تناولت معينًا، فتبطل ببطلانه؛ كالبيع، وإن وقع بعضها فهى[2] للمعطَى له، فإن قال: أقاسمكم هذه الناحية، وهى تحتمل[3] القسمة، وامتنع الورثة - فإن كانت فى جودتها ورداءتها مثل بقية الأرض، أجيب، فيأخذ منها حصته، وإن كانت تضاف إلى جملة الأرض فى الحكم، قسم الجميع كما تقدم.

فرع: قال ابن يونس: قال مالك: إذا خرجت للسائل بالكسرة، أو بالدرهم فلم تجده - أرى: أن تعطى لغيره؛ تكميلًا للمعروف، وإن وجدته ولم يقبل، فهو أولى من الأول؛ لتأكيد العزم بالدفع.

فرع: قال اللخمى: قال مالك: إذا تصدق على ولده الصغير، أو يتيم يلى عليه بمائة من غنمه، ولم يفرزها حتى مات فذلك جائز، وهو شريك بحصته، وله النماء، والنقصان.

وعنه: إن لم يفرزها أو يسمها بوسم، امتنع؛ لعدم الحوز.

---

(١) فى أ: وهبت.
(٢) فى ط: فهو.
(٣) فى ط: تحمل.

قال ابن القاسم: وإن سماه، جازت إذا عرفت كذلك، وإن كانت غائبة عن شهوده إذا كان فى حجره.

وجوز ابن القاسم الصدقة بعدة من نخله يكون شريكًا، واختلف إذا حبس، أو تصدق بعبد أو حائط، على ولده الصغير، وأجنبى، فلم يحز الأجنبى حتى مات المعطِى:

قال مالك: الحبس باطل؛ لعدم حوز الأجنبى، أو الكبير إن كان مع الصغير:

قال ابن القاسم: وكذلك الهبة.

وعن مالك: الصحة فى الهبة، والصدقة دون الحبس؛ لامتناع القسمة فيه لأنها بيع.

وعنه: إن علم فى الحبس وغيره أن الأب حاز، ومنع نفسه من المنافع، جاز نصيب الابن.

ولا خلاف أن نصيب الأجنبى باطل؛ لعدم الحوز.

وكل هذا راجع إلى الخلاف فى هبة المشاع: هل تجوز أم لا؟ فعلى القول بالجواز: يصح نصيب الصغير؛ لأنه لو قام الأجنبى بالحوز كانت يد الأب معه على الهبة والحبس.

وعلى القول بالمنع: يبطل نصيب الصغير؛ لأنه لو قام الأجنبى بالحوز لرجعت يد الأب على الجميع.

ولو جعل ذلك بيد الأجنبى، أو يجعل معه من يحوز للصغير، فهو بمنزلة من تصدق على [ولده الصغير](١)، على ألا يحوز له، وأن الحائز له فلان، فلم يحز فلان حتى مات الأب - فإن الحبس يرجع ميراثًا، بخلاف الصدقة؛ لأن الأجنبى لو قام بالصدقة، لقال له الأب: أنا أقاسمك، أو أبيع معك لولدى، ولا ترجع.

وألحق مرة الصدقة بالحبس، ورأى أن من حق الأجنبى أن يكون حبسًا على يديه.

فرع: قال التونسى: إذا تصدق بعبده(٢) على أن له خمسة أيام من كل شهر، جوزه ابن كنانة؛ لأنه تصدق بخمسة أسداس العبد، وقد حازها.

---

(١) فى ط: ولد له صغير.
(٢) فى أ: عبد.

وقال ابن القاسم: إن كانت صدقة امتنع، أو حبسًا جاز.

قال: والأول الصواب.

ولو دعى للبيع، جبر عليه، وسدس الثمن للمتصدق عليه، وإن أراد ابن القاسم أنه كان شرط عليه فى الخمسة الأسداس عدم البيع، فخرج على من وهب على ألا يبيع الموهوب ولا يهب - امتنع ذلك؛ للحجر، ويقال: إما أن تطرح الشرط أو ترجع الهبة.

فرع: فى الكتاب: ليس حوز الغاصب ولا المرتهن ولا خليفتك على دارك ولا المستأجر، حوزًا للموهوب، إلا أن يسلم إليه إجارته؛ لأن هؤلاء قبضوا لغير الموهوب، بل لأنفسهم، بخلاف قبض المخدم والمعار إلى أجل.

قال ابن يونس: قال أشهب: قبض الغاصب قبض للموهوب؛ لأنه ضامن، فهو كالدين عليه، فيجوز إذا أشهد.

قال ابن القاسم: لو وهبك وديعة بيديك[1] ولم تقل: قبلت، حتى مات الواهب - فذلك لورثته.

وقال أشهب: ذلك قبض لك، إلا أن تقول: لا أقبل؛ لأنه من حين الهبة صارت فى حوزك.

وقال ابن القاسم: إذا أشهد أن وديعته لفلان هبة، ولم يأمره بقبضها، ثم مات المتصدق قبل قبض المتصدق عليه، إن علم المودع، فهى جائزة؛ لأنه حينئذ يكون قابضًا للمتصدق عليه، ولو دفعها للواهب ضمنها، وليس للمودع أخذها.

وقال مالك: إذا بعد بطلت؛ لأنه لم يحز ذلك.

فرع: قال ابن يونس: لو وهبك دينه عليك، فقلت: قبلت - سقط الدين، أو: لا أقبل، بقى على حاله.

وقال أشهب: يسقط إن لم يعلم.

قاعدة: التصرفات تنقسم إلى:

الإسقاط بغير نقل، كالطلاق؛ فإنه يسقط العصمة، ولا ينقلها للمرأة، وكالعتق يسقط الملك ولا ينقله للعبد.

---

(١) فى ط: بيدك.

وإلى نقل: إما بعوض كالبيع، أو بغير عوض كالهبة ونحوها.

فما كان إسقاطًا لا يفتقر إلى القبول إجماعًا، وما كان نقلًا افتقر إلى القبول إجماعًا.

واختلف الناس في الإبراء: هل هو إسقاط فلا يفتقر إلى القبول؟ أو نقل ملك فيفتقر إليه؟ فهذه القاعدة منشأ الخلاف.

وبالأول قال (ش)، وأحمد.

فرع: قال: قال سحنون: إذا[1] أعطيت غلة كرمك، أو سكنى دارك سنين لرجل، وتصدقت به على ابنك الصغير - فحوز الرجل حوز له ولابنك، إن كان الجميع في فور واحد، والإشهاد عليه.

قال عبد الملك: إذا أعمرت رجلًا دارك، وتصدقت بها على آخر في فور واحد- فحيازة المعمر حيازة للموهوب، وكذلك في إخدام العبد، ولو قتل العبد فقيمته للموهوب، فإن تقدم الإعمار، ثم تصدقت بها: إن رجعت وأنت حي فهي للموهوب، أو ميت أو مريض أو مفلس فلا شيء للموهوب، وكذلك المخدم.

قال ابن القاسم: ذلك حيازة في الوجهين.

قال اللخمي: قال عبد الملك: لا يكون حوز المخدم حوزًا للموهوب إذا تأخرت الهبة بعد الإخدام؛ لأنه إنما حاز[2] لنفسه، وإن كان في فور فهو حوز لهما؛ لأنك أقبضته لهما.

وقال أشهب: المستأجر حائز وإن لم تسلم الإجارة له؛ لأنه كما حاز الرقبة[3] ليستوفي منها المنافع منسوبة إليك، يحوزها منسوبة للموهوب، مع بقاء الإجارة عندك في الوجهين.

والمخدم على وجهين: إن وهب الرقبة بعد انقضاء الخدمة لم يكن حوزًا؛ لأن المخدم يحوزه لنفسه، وإن قتل فالقيمة لصاحبه الأول. وإن جعل له الرقبة من الآن، فإن كانت نفقته على سيده بطلت الهبة؛ لعدم الحوز، وإن شرطها على الموهوب فسدت - أيضًا - للضرر؛ لأنه لا يدري هل يحصل قبالة نفقته شيء أم لا؟ وإن

---

(١) في ط: إن.
(٢) في ط: حوز.
(٣) زاد في ط: لنفسه.

كانت نفقته قبل الهبة على المخدم جاز كالعبد المغصوب؛ لأن الواهب رفع يده عنه إلا أن يرضى المخدم بحوزه فيجوز، بخلاف فضلة الرهن؛ لأن المرتهن حقه فى الرهن وقيمته، والمخدم فى المنافع، فحوزه لرقبة الموهوب لا يناقضه، وإذا لم يعلم المودع لا يكون حوزه حوزًا، بخلاف المخدم؛ لأن المودع قبضه لربه والمخدم قبضه لنفسه فلا يد لربه عليه، ولا لوكيله.

وإن قال المودع: أنا أحوزه للموهوب، كان حوزًا، أو قال: بل للواهب، لم يكن حوزًا، أو: لا أحوزه لواحد منهما، فعلى القولين فى المغصوب، فإن وهبت نصفه ورضى المودع أن يحوز له نصفه، فقيل: حوز.

وقال عبد الملك: ليس بحوز؛ لعدم التمكن من الحوز.

قال التونسى: لا يعتبر ابن القاسم على المخدم والمستعير؛ لأنهما حازا لأنفسهما.

ولو قالا: لا نحوز للموهوب، لم يلتفت إليهما، إلا أن يبطلا ما لهما من المنافع، وهما غير قادرين على ذلك؛ لتقدير قبولهما.

وإذا وهبته أرضًا غائبة فخرج مبادرًا، فمات الواهب قبل القبض - ذلك حوز؛ لعدم التفريط. قاله أشهب، وخالفه ابن القاسم؛ لأن الأرض لو حضرت، أمكن قبضها.

وقال عبد الملك: الإشهاد فى العبد الآبق حوز، وإن مات المعطى قبل القبض؛ لأنه الممكن فيه، وينبغى أن يمتنع على مذهب ابن القاسم.

ولو باع الموهوب الهبة فى يد الواهب، فهو حوز عند عبد الملك، خلافًا لأصبغ؛ لأن القابض المشترى، وهو غير محتاج إلى حيازة.

قال التونسى: إذا غاب الواهب:

قال مطرف: لا يحكم الحاكم بدفعها للموهوب، بخلاف غيرها من الحقوق؛ لأنا لا نعلم حاله عند الحكم، فلعله مات، أو مرض، أو ادان.

وقال عبد الملك: إن دافع عن حيازتها مدافع، حكم له بها بعد الاستيناء، إلا أن يثبت أنه مات؛ لأن الأصل: عدم حدوث الموانع.

وقال أصبغ: تسمع بينته، ويوقف لينظر موته فتدفع للوارث، أو حياته فتدفع

إليه[١].

فرع: فى الكتاب: تجوز هبة الثمر والزرع قبل الصلاح، وما تلد أمتك، أو غنمك، أو ما فى ضروعها أو على ظهورها من صوف.

وحوزه بحوز الأصول، والأمة، والأرض، وعليك تسليم ذلك إليه، والسقى عليه؛ لتسلمه ماله.

وحوز الخدمة بحوز العبد، والسكنى بحوز الدار، وبحوز ثمرة النخل عشرين سنة، وما تلد أمتك، ويكفى حوز الأصل؛ لأنه الممكن، أو يحوزه أجنبى.

ومنع (ش) وأحمد هبة المجهول، ووافقنا على الوصية.

لنا: القياس عليها.

قاعدة: العقود منها مشتمل على المعاوضة كالبيع والإجارة، وغير مشتمل عليها كالوصية، والهبة، والإبراء.

ومتردد بين الفئتين[٢] كالنكاح؛ فإنه تشترط فيه المالية، وهى غير مقصودة، بل المواصلة والمكارمة؛ فحصل الشبهان، وورد الشرع بالنهى عن بيع الغرر والمجهول؛ صونًا للمالية عن الضياع فى أحد العوضين أو فى كليهما؛ لأن مقصوده تنمية الأموال، وهما محلان لذلك فناقضا العقد فلذلك نهى عنهما.

وما لا معاوضة فيه وفى غاية البعد عن قصد التنمية، بل هو ممحقة للمال، فلا يناقضه الغرر والجهالة؛ فلذلك جوزناهما فى ذلك.

فإن قاس الخصم على البيع فالفرق عظيم[٣] كما ترى؛ فيتعين أن الحق معنا، ولهذا السر جوزنا الغرر والجهالة فى الخلع مطلقًا، وجوزنا فى صداق النكاح ما خف منها؛ لتوسطه بين القسمين وسطناه فيهما.

فعلى هذه القاعدة تتخرج فروع المذهب، وتظهر منها الفروق فى[٤] الأبواب، ويظهر أن الحق قول مالك رحمة الله عليهم أجمعين.

نظائر: قال العبدى: يجوز الغرر فى خمس مسائل: الهبة، والحمالة، والرهن - عند ابن القاسم - إلا فى الجنين، كرهه فى المدونة، وأجازه مالك.

---

(١) فى ط: له.
(٢) فى ط: القبيلتين.
(٣) فى ط: عقيم.
(٤) فى ط: بين.

والخلع عند ابن القاسم، وقيل: يكره، وقيل: يفسخ وله خلع المثل.

والصلح فى العمد مختلف فيه، ومنعه ابن القاسم.

قال ابن يونس: وافق أشهب فى الحوز المتقدم، إلا ما فى بطون الأمهات فإنه جوز الهبة فيه، ولا بد من قبض الموهوب؛ لأن العتق فيه لا يتم حتى يخرج، فكذلك الهبة، وقد تباع الأم قبل ذلك فى دين يحدث.

ويجوز بيع الأصول وتبقى له الثمرة ولا يبقى له الجنين.

قال محمد: وهو الصواب.

وإن وهبك أرضًا فحوزها بأن تكريها، أو تحرثها، أو[1] تغلق عليها غلقًا، فإن أمكنك شيء من ذلك فلم تفعله حتى مات المعطى فلا شيء لك. وإن كانت يتعذر فيها ذلك كله، ومات - فهى نافذة، وحوزها بالإشهاد.

ولو كانت الدار حاضرة أو غائبة فلم يحزها حتى مات، بطلت وإن لم يفرط؛ لأن لها وجهًا تحاز به، وإذا قلت فى الأرض الغائبة[2]: قبلت وحزت، لم يكن ذلك حوزًا؛ لأن الإخبار عن الطهارة لا يقوم مقام الطهارة، وهو كالشهادة على الإقرار؛ كما قاله فى الكتاب.

وفى التنبيهات: فى كون حوز الرقاب حوزًا للهبة أربعة أقوال:

حوز.

وليس بحوز، وقاله ابن حبيب. وحوز إن كان فيها ثمر، وفى الأمهات حمل وإلا فلا. قاله عبد الملك.

وتفرقة أشهب المتقدمة.

فرع: قال ابن يونس: لا يكفى الإقرار بالحوز ولا الإشهاد عليه؛ لما تقدم.

فرع: قال: ويكفى قولك: قبلت فيما فى يدك، وإن لم تقل: قبلت - حتى مات- أبطلت.

وقال غيره: ذلك حوز.

وقال (ش): لا بد بعد القبول من زمان يتأتى فيه القبض.

وقال ابن حنبل: يكفى القبول.

---

(١) فى ط: و.

(٢) فى ط: الغاصبة.

تمهيد: القبض إنما اشترط عندنا لنفى التهمة؛ لئلا ينتفع الإنسان بماله عمره، ويخرجه عن ورثته عند الموت، فلذلك كفى الإشهاد فى بعض الصور، وحوز الأجنبى، واستغنى عنه فى المودع، والغاصب، ونحوهما؛ لحصول المقصود بدونه.

وعند (ش): هو سبب انتقال الملك، وتوجه الحجة للموهوب.

لنا: القياس على البيع.

فرع: فى الكتاب: إذا وهب عبدًا لابنه الصغير وأجنبى، فلم يقبض الأجنبى حتى مات الواهب - بطلت؛ كما لو حبس على ولده الصغير والكبير، ومات قبل قبض الكبير، بخلاف ما حبس عليهم، وهم صغار كلهم؛ لأنه يحوز لهم.

وعن مالك: إذا تصدق على ولده الصغير مع الكبير أو أجنبى، يصح نصيب الصغير بحوز والده، ويبطل ما سواه؛ لعدم الحوز، وفى الحبس يبطل الجميع؛ لتعذر القسمة.

قال صاحب التنبيهات: قيل: الخلاف فى الصدقة، والحبس مبنى على الخلاف فى حوز المتصدق عليه مع المتصدق فيما بينهما فيه شركة.

فعلى القول بالصحة: يصح ههنا للصغير والكبير.

وعلى القول بالبطلان: يبطل.

وعنه: التسوية بين الحبس والصدقة فى جواز حصة الصغير إذا ميزه الأب، ومنع نفسه من منافعه.

قال التونسى: إذا سكن دار ابنه الصغير فلم يخرج منها حتى باعها، ولم يقبضها المشترى حتى مات الواهب - فالثمن للولد، ونفذت الهبة؛ لأنه مات فى دار المشترى، وسواء باعها باسم ابنه أو جهل ذلك.

ولو تصدق على ولده الصغير على أنه يحوز غيره، وبقيت فى يده حتى مات بطلت؛ لأنه لم يحزها[١]، ولو جعلها على يد غيره ثم ارتجعها[٢] بطلت، إلا أن يشهد: أنى لم أرتجعها إلا لأحوزها لولدى، وفعل ذلك؛ لأنه أولى بالحوز من غيره، أو ليس ذلك [له][٣] إلا أن يطرأ ما يوجب إزالة يد الأجنبى؛ نفيًا للبس فى

(١) فى أ: يحوزها.
(٢) زاد فى ط: بطلت.
(٣) سقط فى ط.

الحوز. قولان.

وأصوب الأقوال: إن كانت مما يحوزها الأب ليست دنانير ولا طعامًا، أنه حوز، وإن كانت دنانير، أو مالًا يحوزه الأب لولده الصغير لم يكون حوزًا.

ولو قال: خدمة عبدى لولدى، ورقبته لفلان، وحازه الأب لولده، ثم مات الأب - لم تصح لفلان رقبته؛ لبقاء يد الأب عليها.

فرع: قال التونسى: إذا تصدق [الأب](١) على ولده الصغير بدار، وأشهد، ثم مات، فقال الكبار: كان ساكنًا فيها، وقال الصغير: لم يسكن - فهى على الحوز حتى يثبت خلافه؛ لأن أصل التصرفات حملها على الصحة؛ ولأن ظاهر حال الأب فى شفقته تحصيل مصلحة الولد، فإن وجد بيد الكبار بعد الموت شىء، وقامت البينة على صدقه، وجهل وقت حوزهم:

قال عبد الملك: لا بد من البينة على حوزهم قبل الموت والفلس؛ لأن الأصل عدم تقدم الحوز.

وقيل: لا؛ لأن اليد دليل الملك.

وقد قيل: إذا ثبت بالبينة أن زوجها أعطاها عبدًا فى صداقها، وثبت أنه أعتقه، وجهل التاريخ، فهى أولى إن كان فى يدها، وإلا عتق.

قال: ويشبه أن تملك نصفه، ويعتق نصفه؛ كما لو ثبت أنه أوصى بعتقه، وأثبت آخر(٢) أنه أوصى له به، وجهل تاريخ الإشهاد:

قيل: يعتق بالقيمة؛ لضرورة تساوى الدعاوى.

فرع: قال: وإذا تصدق بالعبد على ولده الصغير، فكان يخدم الأب، وربما خدم الابن - جعله ابن القاسم محوزًا، ومنع أشهب.

قال: وهو أشبه؛ لأن جل المنافع إذا بقيت للأب، لم يكن حوزًا، إلا أن يريد ابن القاسم: أنه ممن يؤجر؛ فتكون الأجرة للابن، وخدمة الأب كانت يسيرة.

فرع: قال: إذا تصدق أحد الزوجين على الآخر بفرش البيت أو بخادم، جاز إذا أشهد على ذلك. قاله ابن القاسم، وأشهب.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: الآخر.

قال ابن القاسم: وليس المسكن كذلك، بل إن تصدقت به عليه، كان حوزًا له؛ لأن عليه إسكانها بخلافه؛ لأنه باقٍ فى يديه.

وعن مالك فى الخادم، والفرش: أنه ضعيف.

قال: والحق: التسوية؛ لأنه يجب عليه إخدامها وما يصلحها، فإذا منع فى صدقته عليها لأجل الحوز فى الدار، فكذلك غيره، إلا أن الصحة فى الخادم والفرش إنما تكون لضرورة بقائه فى يد الواهب؛ كما[1] فى هدية المسافر والأضاحى وغيرها.

فرع: قال: لو وهب لحاضر وغائب، فحاز الحاضر الجميع لهما صح؛ لارتفاع يد الواهب. ولو قسم نصفه، فحازه الحاضر، وأبقى نصيب الغائب لم يحز حتى مات الواهب - بطل نصيب الغائب؛ لعدم الحوز[2].

فرع: قال: إذا وهب أحد الشركاء فى الأرض جهة معينة، قسمت الأرض على مذهب ابن القاسم.

فإن صار للواهب ما وهب سلمه، أو غيره بطلت الهبة؛ لعدم مصادفة العقد ملكًا.

وقيل: يعوض عنه؛ لأن العقد اقتضى ذلك الحوز، وهو عاوض عنه فى القسمة، فيعطيه ذلك العوض، وإذا فرعنا على أن القسمة بيع اتجه هذا، أو تمييز حق اتجه قول ابن القاسم؛ لأن الغيب انكشف على أن حقه هذا الذى لم يهبه.

فرع: قال ابن يونس: إذا أعطى امرأته النصرانية داره على أن تسلم فأسلمت، هو كالبيع لا يحتاج إلى حوز.

وقال أصبغ: عطية تحتاج إلى الحوز؛ لأن الإسلام لا يكون ثمنًا.

فرع: فى الكتاب: إذا وهب لغائب، وجعله على يد من يحوز له كان حوزًا؛ لأن أحباس السلف كان يحوزها الحاضر للغائب، وكذلك يدفع لمن يحوز للصغير حتى يبلغ، وإن كان له أب أو وصىّ حاضر؛ لأن الواهب أخرج[3] الجميع من يده على هذه الصفة. ولو كان كبيرًا رشيدًا حرًا، وأمرت ألا تدفع إليه، ولو إلى أجل - بطل الحوز إن لم يقبضها حتى مت؛ لوجود أهلية الحوز فلا ضرورة حينئذ، وليس لك

---

(١) زاد فى ط: قيل.
(٢) فى أ: الحضور.
(٣) فى أ: آثر.

فيه غرض صحيح بخلاف الصغير يتوقع صلاح حاله، أو نتهم الأب عليه، إلا أن تحبس على الكبير غلة نخل، وتجعلها على يد من يحوزها عليه، صح؛ لأن الأحباس ما زالت كذلك في السلف.

فرع: قال: لا يعتبر حوز الأم في هبتها لصغار بنيها، ولا لابنتها البكر البالغ وإن أشهدت؛ لعدم ولايتها على حفظ المال، إلا أن تكون وصية الوالد أو الوصي، بخلاف الأب.

وإن بلغ الابن حالة يصح حوزه، فلم يحز حتى مات الأب - بطلت [وصيته][1]؛ لعدم الحوز مع إمكانه.

قال اللخمي: يصح حوز الأب لولده العقار، والعروض، والعبيد، ونحوها.

قال مالك: ولا يحوز الدنانير والدراهم إلا أن يضعها[2] على يد غيره؛ لعدم تعيينها خلافًا لـ (ش) و (ح) فيهما؛ لأنها تتعين عندهما.

قال محمد: إن أشهد على طابعه.

وعن مالك: إذا أشهد فهو حوز.

وهذا إذا بقيت عينًا، فإن اشترى بها سلعة وأشهد صح الحوز. وإن كانت الصدقة عرضًا، فأشهد، وباعه بالعين - نفذت؛ لصحة الحوز أولًا.

وقال محمد: إن وهبه دينًا على رجل، فمات قبل القبض، نفذ، ولو قبضه ثم مات، وهو في يديه، أو تسلفه، نفذ، وجعل الدين كالعرض، والطوق والسوار كالعرض والتبر، والنقر واللؤلؤ والزبرجد[3] والحديد، والنحاس، والكتان، وكل ما يكال أو يوزن، يختلف فيه؛ كالعين.

قال: والجواز في الجميع أحسن.

وإن وهبت الأم ما لم يستعمل[4]، لم يصح حوزها، فإن وهبت غلامًا فكان يخدم الولد، أو ثوبًا أو حليًا، فكان يلبسه:

قال مالك: صح.

---

(١) سقط في ط.
(٢) في ط: يصنعها.
(٣) في ط: والزمرد.
(٤) في ط: يستغل.

ومنعه ابن القاسم وأشهب، إلا أن تكون وصية، ويصح حوز الصبى لما وهبه ليتيمه كحوز الأب له.

قال ابن يونس: عند ابن القاسم وأشهب: إذا وهبت الأم حاز السلطان، وإن أخرجتها من يدها وحوزتها غيرها، صح؛ لولايتها على مالها، وهذا تصرف فيه لا فى مال الولد.

وقال عبد الملك: حيازة الأم لليتيم الصغير جائزة فيما وهبته، أو أجنبى، وكذلك من ولى يتيمًا حسبة، إن تقدمت الولاية قبل الصدقة؛ كما يشترى له طعامه، وإلا فلا للتهمة.

ومنعه ابن القاسم إلا أن تكون وصية.

والأجداد كالأب، والجدات كالأم، إذا كان فى حجر أحد هؤلاء[(١)] وغيرهم لا يحوز [ذلك لغيره][(٢)].

ووافقنا الأئمة فى اختصاص ولاية الحوز بهؤلاء، غير أن (ش) اشترط أن يقول الأب: قبلت؛ لأن القبول باللفظ ركن عنده.

وألحق (ح) الأم والأجنبى بالأب فى ولاية الحوز إذا كان فى حجرهما، وجوز قبض الصبى لنفسه؛ لأن الناس ما زالوا يتصدقون على الصبيان فى سائر الأعصار، وخالفه (ش)، وأحمد.

ومنع (ش) أن يوكل الواهب من يقبض للغائب؛ لأنه وكيل للواهب لا للموهوب.

فرع: قال ابن يونس فى البكر: يحوز لها أبوها وإن عنست؛ لثبوت الحجر عليها.

وعنه: إلا أن تكون عنست، وهو على الخلاف فى ارتفاع الحجر عليها بالتعنيس.

وقال ابن عبد الحكم: إلا أن تبلغ خمسين سنة فلا يحوز لها إلا برضاها، فإن فعل بغير رضاها أجزته.

---

(١) فى ط: هما.

(٢) فى ط: لكن يجعل ذلك لغيره.

فرع: قال: قال ابن القاسم: لا يخرج الغلام من الولاية بمجرد الاحتلام، بل إن جاز له بحدثان احتلامه فهو حوز.

فرع: فى الكتاب: لا يحوز الأب لابنه الصغير الرقيق؛ لأن سيده يحوز ماله، وولاية السيد مقدمة، فإن جعل الأب هبته[١] على يد أجنبى، حاز وإن كره السيد؛ كالشرط فى الوقف هو موكول للواقف.

فرع: قال: لا يحوز الزوج لامرأته، وله أن يحوز ذلك عند غيره، ولا يحوز واهب للموهوب، إلا الأب، أو الوصى، أو من يجوز أمره.

فرع: قال ابن يونس: أم الولد كالحرة فى الحوز، تحوز ما لا يزايلها حيث انتقل بها سيدها بالإشهاد والإعلان؛ لعجزها عن غير ذلك، وأما الدار، والأرض، والشجر المباين لها فبخروج السيد من الدار، وبزراعة الأرض، وبقبض خراج السيد وبلبس الحلى وغيره، وكل ما يدل على القبض، وإن لم تفعل ذلك، فلا شىء لها، ولو ادعت متاع البيت، كلفت البينة وإن كان متاع النساء، بخلاف الحرة؛ لأن العادة أن الشوار للحرائر دون الإماء، وتصدق فيما عليها من حلى وغيره؛ لأن اليد دليل الملك؛ ولأن الغالب فى لباسها أنه وهب لها.

قال عبد الملك: إذا وهبها ما لا يشبه عطيتها، رد ما زاد؛ لأنه يتهم فى إزواء ماله عن[٢] الورثة، كانت العطية مرة أو[٣] مرات.

وقال أصبغ: إن كان فى مرة ردت العطية كلها؛ كزيادة ذات الزوج على الثلث، أو مرارًا، أنفذ ما لا يسرف فيه، ورد ما يتهم فيه.

قال صاحب المنتقى: أم الولد كالحرة فى صدقة سيدها عليها، قاله ابن القاسم.

وقال ابن العطار: يحوز سيدها لها؛ صدقته عليها.

فرع: قال اللخمى: فى هبة الابن المعدوم فى الحال دون الاستقبال قولان:

فقيل: حوز الرقاب كاف؛ لأنه الممكن.

وقيل: لا؛ لأن الموهوب معدوم.

---

(١) فى ط: هبة.
(٢) فى ط: من.
(٣) فى ط: و.

ويجرى الخلاف إذا وهب ما تحمل أمته، أو شاته فى المستقبل؛ قياسًا على هبة الثمار واللبن المستقبلين.

وإذا وهب كل ولد تلده، كفى قبض الأم، ولو ماتت قبل أن تلد أو تحمل؛ قياسًا على الألبان، ويجبر على التحويز إذا كان الحمل أو اللبن موجودًا، أو ظهرت الثمرة، قاله ابن القاسم.

ويجعل الغنم فى اللبن على يد الموهوب له، وما فى بطن الجوارى والغنم على يد ثقة، وليس للموهوب له ذلك؛ لأن حاجته إليها فى وقت هو فى الإماء آكد؛ لامتناع الخلوة بهن، واللبن يحتاج كل يوم.

وتوضع أصول الثمار على يد ثقة، ويأخذ الموهوب وقت الانتفاع، وإن لم يكن حمل ولا لبن ولا ظهرت ثمرة، لم يحز[1] الواهب.

وقال ابن القاسم: السقى والعلاج قبل طيب الثمار الموهوبة على الموهوب له؛ لأن السقى إنما هو لأجل الثمرة.

قال ابن حبيب: على الواهب؛ لأنه مالك الرقبة، ويختلف فى كلفة الأمة، والغلام المخدم كذلك.

وقال محمد: إذا أوصى بصوف غنمه أو لبنها لرجل، وبرقابها لآخر - فالمؤنة على الموصى له باللبن والصوف.

قال: وأرى: إن وهب مرة واحدة لثلاثة: لأحدهم الصوف، وللآخر اللبن، وللآخر الحمل أن الكلفة على جميعهم.

ويختلف هل على عددهم، أو قيمة الهبات؟ نظرًا إلى أن كل واحد لو انفرد، لاستقل، أو الغنم يتبعه الغرم.

وإن كانت الهبات واحدة بعد أخرى، فالكلفة على الأول على قول محمد؛ لأن الآخرين نزلا منزلة الواهب، وهو لا نفقة عليه، ومحمل الهبة إذا كانت حاملًا أو ذات لبن على ما هو موجود؛ لأنه المتبادر عند الإطلاق، وإلا فيختلف هل هو هبة ما يتكون من اللبن، أو الصوف، أو الحمل حياة الغنم والجوارى، أو حياة المعطى؟ قاله محمد.

---

(١) فى ط: لم يجبر.

وقد تقدم الخلاف فى قبض الرقاب هل هو قبض للهبات؟ على أربعة أقوال.

فرع: قال صاحب التنبيهات: قوله فى الكتاب: إذا تصدق بدراهم على رشيد، وجعلها على يد غيره، وهو حاضر - جاز إذا لم يشترط على المدفوع إليه ألا يدفعها إلا بأمره.

وقال فى باب الغصب: إذا كان الموهوب رشيدًا، وحاضرًا امتنع، ولم يشترط عدم الدفع.

وكذلك قال فى هبة الطفل والكبير، ومعناه: إذا أمر الحائز إليه.

وقال اللخمى: اختلاف قول.

وقيل: المسألتان مختلفتان[1]، وإن الجواب فيما إذا كانت فى يد الواهب، فخروجها من يده إلى الأجنبى حوز، والمنع إذا كانت فى يد غاصب؛ لأنها لم تخرج فى يد الواهب.

وقيل: إذا شرط عدم الدفع إلا بأمره لا تمضى، بخلاف إذا قال: ادفعها له، وقال الموهوب: أمسكها عندك - أنها تمضى؛ لأنها وديعة الموهوب.

فإن سكت عن الأمر بدفعها، وعدم دفعها، ففى صحتها قولان، ولو شرط إمساكها حتى يموت الواهب، فهى وصية ماضية من الثلث اتفاقًا.

فرع: قال: قال فى الكتاب: إذا تصدق بنصف دار، فقبضه أن يحل فيها محل الواهب، ظاهره: لم يبق للواهب شىء، وقيل: بقى له النصف.

ولا يصح الحوز إلا بالمقاسمة، أو بحوز أجنبى لهم، أو يسلمها[2] جميعها للموهوب.

وفرق فى كتاب محمد بين العبد: فأجاز بقاء أيديهما عليه، ويقتسمان الغلة، وبين الدار؛ لتصور القسمة فيها.

وعنه - أيضًا - التسوية فى جواز أيديهما؛ كما يقبض فى البيع.

وعنه التسوية بينهما فى البطلان مع بقاء أيديهما؛ لعدم رفع يد الواهب، وإن عمرا كالشريكين وتصرفا كذلك صح مع بقاء أيديهما.

---

(١) فى ط: مفترقتان.

(٢) فى ط: يسلفها.

فرع: قال: قال فى الكتاب: إذا وهب الدار الغائبة ولم يقبضها الموهوب، بطلت وإن لم يفرط.

ومقتضاه: أنه لا يراعى فى عدم الحوز التفريط، وكذلك قوله: إذا أبى أن يدفعها له، فخاصمه، فلم يحكم له حتى مات - أنها تبطل، وقوله: إذا وقفها السلطان حتى ينظر فى حججهم، فمات الواهب، فهى للموهوب إذا أثبت الهبة.

وفى كتاب ابن حبيب: لا ينفعه الإيقاف حتى يحكم له فى حياته، وهو مخالف للكتاب.

وقال عبد الملك: إذا لم يفرط فى الصدقة، صحت، وقع القبض قبل الموت أو بعده، علم بها الموهوب أم لا؛ لانتفاء التهمة، وعدم التفريط.

وقال أصبغ: إذا لم يقضها وأعجله الموت بطلت، والقولان لمالك.

قال اللخمى: إذا كنتما بمصر فوهبك أرضه بإفريقية فقلت: قبلت - لم يكن حوزًا وإن لم يفرط فى الخروج.

وقال أشهب: إن لم يفرط فى الخروج حتى مات الواهب فهو حوز.

ويحمل قول ابن القاسم فى الأرض على أنه لو خرج لأدرك، ولو كان وصولها يكون قبل الحرث، لم يضره؛ لأنها لو كانت حاضرة لكان حوزها بالقول، بخلاف الدار.

فرع: فى الجواهر: قال ابن القاسم: إذا تصدقت بصداقها على زوجها، وأعطته كتابها، فقبله، ثم سخطه بعد أيام فرد عليها الكتاب فقبلته بشهادة - فلا شىء لها عليه؛ لأنها عطية لم يقبضها، أو قبله ثم ندمت، فجدد لها كتابًا حالًا أو إلى موته، فإن لم تقبضه فى صحته فهو باطل؛ لأنها هبة مستأنفة.

قال ابن القاسم: ولو سألها فى مرضه أن تضع مهرها، ففعلت، ثم رجعت بعد صحته أو موته - ليس لها ذلك، بخلاف وضع الميراث؛ لأنه إبراء نفذ، والميراث لم يقبض.

فرع: قال: لو كتب إلى وكيله أن يعطيه مائة فأعطاه خمسين، ثم مات الواهب، لم يكن له إلا ما قبض؛ فإن يد الوكيل يد الموكل، بخلاف لو وهب ما تحت يد المودع، ثم مات قبل الحيازة.

والفرق: أن الوكيل يده يد الموكل، ولم يرجع به وكيلًا لك، والمودع بمجرد

علمه يصير حافظًا لك.

فرع: قال: لا تكون حيازة المرتهن والمستأجر حيازة للموهوب، إلا أن يشترط أن الإجارة له مع الرقبة، بخلاف المودع.

وأجاز أشهب حيازة المستأجر، وإن لم يهب للموهوب الإجارة.

فرع: قال: إذا رجعت الهبة للواهب بعد الحوز بمدة يسيرة، اتفق أهل المذهب على بطلانها، أو بعد الطول، بطلت عند عبد الملك إذا مات فيها.

وقد تقدم أن السنة هى المعتبرة فى ذلك.

فرع: قال الأبهرى: قال مالك: إذا تصدق على ولده الصغير أو يتيمه بمائة من غنمه، ولم يفرزها له حتى مات - فهو شريك فيها وفى نمائها ونقصانها؛ لأنه وصف له ذلك العدد.

وعنه: لا شىء له؛ لعدم الإفراز، بخلاف الوصية؛ لاستغنائها عن القبض، ويختلف فى الدنانير كالغنم، وإن تسلفها الأب بعد الإفراز ثم مات الأب؛ لأنها لا تعرف بأعيانها.

فرع: قال: قال مالك: إذا حلى صبيًا بحلى، ثم مات، فهو للصبى دون الورثة؛ لأنه مظنة الحوز له.

فرع: قال صاحب المنتقى: لو وهب المستودع ما عنده فلم يقل: قبلت، ثم مات الواهب - عن ابن القاسم: القياس: البطلان.

وقال أشهب: حيازته ثابتة إلا أن يقول: لا أقبل؛ لأن الهبة بيد الموهوب، وتأخر القبول لا يضر؛ كما لو وهب رجلًا، ولم يقل: قبلت، وقبضها؛ لينظر رأيه، فمات الواهب - فهى ماضية إن رضيها، وله ردها، وقياسًا على الغائب.

وابن القاسم يقول: عدم الحوز يمنع الصحة؛ فأولى عدم القبول.

قلت: وهذا البحث منه يدل على أن القبول ليس على الفور، خلافًا لـ(ش)، وقد تقدم التنبيه عليه.

فرع: قال: لا يشترط فى القبض الإذن.

وقال الأئمة: يشترط، وله الرجوع، ولا يقضى عليه؛ لقصة أبى بكر الصديق - رضى الله عنه -: لا تتم الهبة إلا بحوزها.

وقياسًا على ما بعد الموت.

ولأنه لو لزمت لكانت ملكًا للموهوب لأن المطالبة بغير ملك منكرة، ولو كانت ملكه لما ورثها ورثة الواهب؛ لأن الميراث فرع الملك.

وبالقياس على الوصية، أو هو سبب الملك؛ فلا ينعقد إلا بوضع اليد كالاحتطاب، وسائر أسباب التمليك الفعلية.

والجواب عن الأول: أن طريان المرض يبطل العقد، كطريان التفرق على عقد الربا، وهلاك المبيع قبل القبض، وطريان الردة على [عقد][1] النكاح؛ فلا غرو أن يكون العقد صحيحًا، ويطرأ عليه مبطل، فقضية الصديق - رضى الله عنه - دائرة بين ما ذكرناه وما ذكرتموه على السواء؛ فلا حجة لكم فيها.

وجه مناسبة المرض للإبطال: أنه يتهم أن ينتفع بماله عمره، ثم يخرجه فى هذه الحالة التى حجر عليه فيها عن الورثة، فحسم الشرع هذه المادة فى المتهم وغيره؛ كما رد شهادة الأب لابنه، وبالعكس للتهمة، وطرد ذلك.

وعن الثانى: أن المراد بالعام: استقرار الملك، واللفظ ظاهر فيه، ثم هو معارض بقول على - رضى الله عنه -: الصدقة جائزة، قبضت أو لم تقبض.

وعن الثالث: الفرق قبل الموت: عدم التهمة، وبعده يتهم بأنه حبسها؛ لينتفع بها حتى يموت.

وعن الرابع: أن المرض أو موت الفجأة أسقط ملك الموهوب، فثبت ملك الواهب؛ لما تقدم من تقرر التهمة، وأن العقود الصحيحة قد يلحق[2] بها ما يبطلها، فما ورث الوارث إلا ملك الواهب المنتقل عن الموهوب، فلا تناقض؛ كما لو باع مطعومًا بمطعوم، أو أحد النقدين بالآخر مما يشترط فيه التقابض، فمات أحدهما، لا يجب التسليم، ويبطل العقد، ويورث ما كان ملكًا لغير الموروث.

وعن الخامس: أنه مقلوب بأن تقول: لا يشترط فيها القبض؛ قياسًا على الوصية فإنها تصح بالقول، وتثبت بنفس الموت.

وعن السادس: أنه منقوض بالوصية والميراث، ثم يتأكد مذهبنا بقوله - تعالى-: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، وهو يخص المتعاقدين؛ فلا يضرنا عدم الوفاء بعد

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: يلتحق.

الموت؛ لذهاب العاقد.

وقوله عليه الصلاة والسلام: «الرَّاجِعُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»[١]، فشبه القبيح الشرعى بالقبيح العادى، وبهذا يندفع قولهم: إن الكلب لا يحرم عليه الرجوع؛ لكونه غير مخاطب؛ لأن المراد: التشبيه المذكور.

وبالقياس على سائر العقود، ومما يوضحه: أن الأقوال هى المميزة بين خواص العقود، فيها يظهر البيع من القرض من الإجارة؛ فوجب أن تكون الصحة والانعقاد منوطًا بها، وأما القبض فصورة واحدة فى الصحيح والفاسد، فلا يناط به أحدهما.

وبالقياس على صور من العطايا: كالعتق، والضحايا والمساجد، والوقف العام: كالقنطرة ونحوها؛ فإنها تلزم بالقول، ولا تفتقر إلى القبض.

فرع: قال صاحب المنتقى: لو باع الموهوب الهبة، ولم يقبضها المشترى حتى مات الواهب - فالبيع حوز، قاله مالك.

وقال أصبغ: لا يحصل الحوز بذلك ولا بغيره إلا العتق؛ لأنه مبنى على التغليب والسراية، فإن باع الواهب قبل الحوز، فالبيع أولى عند ابن القاسم، وأشهب.

وعن ابن القاسم: الصدقة والهبة أولى إن كان المعطى معينًا، بخلاف غير المعين نحو: سبيل الله؛ فإنه لا يقضى به.

فرع: قال: إذا تصدق على ابنه الصغير بحوانيت، ولم يعلم أنه[٢] يكريها باسمه، أو اسم نفسه - فهى للابن؛ لأنه ظاهر حال الأب أنه إذا وهب لابنه لا يرجع، وأن يؤجر له.

فرع: قال: إذا وهب أحد الوصيين لليتيم، أعطاه لشريكه فى الوصية أو غيره، قاله ابن العطار.

ولا تجوز هبة نفسه إلا إذا انفرد؛ لتعذر من هو [له][٣] مثله، أو أولى منه.

وقيل: حيازته تامة؛ لأنه ولى.

---

(١) من حديث ابن عباس - رضى الله عنه - أخرجه البخارى (١٢/ ٣٦١) فى كتاب الحيل: باب فى الهبة والشفعة (٦٩٧٥).

(٢) زاد فى ط: كان.

(٣) سقط فى أ.

فرع: قال: يكفى فى حيازة الأرض التى لا عمل فيها الإشهاد؛ لأنه الممكن، وأما أرض الزراعة فالعمل وإن وهبت فى غير إبان العمل، حددها، وأشهد بتسليمها، قاله أصبغ.

وعن ابن القاسم: لا يكون حوزًا إلا أن يتأخر العمل لعذر، وهذا إذا فاتت حيازتها قبل موت الموهوب. أما لو حضر وقت الزراعة، فلم يتعرض لها حتى مات الواهب - بطلت الهبة؛ لأن حيازة مثل هذا إنما هو بالعمل، فإن منعه الواهب من العمل لم تبطل الحيازة؛ لأن الذى عليه التعرض، وقد فعله.

وإن ترك العمل لضعفه بنفسه وآلته مع إمكان مساقاتها لغيره والإرفاق بها، بطلت الهبة، وإن ضعف عن جملة الوجوه فالإشهاد حوز؛ لأنه الممكن، قاله ابن القاسم.

فرع: قال: قال مالك: لا تحاز العرية إلا أن يطلع فيها ثمر، ويقبضها المعرَى، فإن عدم أحدهما قبل موت المعرى؛ بطل الإعراء؛ لعدم حوز العطية.

وقال أشهب: يكفى الإبار، أو تسليم العطية؛ لأن المعرِى إنما وهب مع بقاء الأصل فى يده إلى حين الثمرة.

فرع: قال: لو حاز بغير علمه، صح؛ لأنه أخذ حقه.

نظائر: قال ابن بشير[١]: التى لا تتم إلا بالحيازة سبع عشرة مسألة:

الحبس، والصدقة، والهبة، والعمرى، والعطية، والنحلة، والعرية، والمنحة، والهدية، والإسكان، والعارية، والإرفاق، والعدة، والإخدام، والصلة، والحباء، والرهن.

النظر الثالث: فى أحكامها وأصلها.

وأصل كل معروف وإحسان: الندب لقوله - تعالى -: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ﴾ [النحل: ٩٠]، ولقوله - عليه السلام -: «كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ»[٢].

قال اللخمى: الصدقة فى الصحة أفضل؛ لقوله - عليه السلام - فى مسلم لما سئل: «لأَنْ تَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَحِيحٌ شَحِيحٌ تَأْمُلُ الْغِنَى وَتَخْشَى الْفَقْرَ، وَلا تُمْهِلْ حَتَّى

---

(١) فى أ: قال ابن يونس.

(٢) من حديث جابر بن عبد الله - رضى الله عنه - أخرجه البخارى (١٠/٤٤٧) حديث (٦٠٢١)، ومسلم (٢/٦٩٧) حديث (٥٢/١٠٠٥).

تَبْلُغَ الْحُلْقُومَ قُلْتَ: لِفُلَانٍ كَذَا، وَلِفُلَانٍ كَذَا، أَلَا وَقَدْ كَانَ لِفُلَانٍ»(١).

وأفضلها - أيضًا - ما كان عن غنى، لقوله - تعالى -: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ﴾ [البقرة: ٢١٩] والعفو: الفاضل، وفى البخارى قال - عليه السلام -: «لَا صَدَقَةَ إِلَّا عَن ظَهْرِ غِنًى، وَابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ»(٢).

قال سحنون: لو لم يبق ما يكفيه، ردت صدقته.

وعن مالك: تجوز الصدقة بجملة المال، وقد فعله الصديق - رضى الله عنه. [والأول أحسن؛ لأن صدقته - رضى الله عنه -](٣) إنما كانت لتأليف الناس، واستنقاذهم من الكفر.

ويستحب أن تكون من أنفس المال، لقوله - تعالى -: ﴿لَن تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران: ٩٢]، ولقوله - عليه السلام - لما سئل: أى الرقاب أفضل؟ قال: «أَغْلَاهَا ثَمَنًا، وَأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا»(٤).

ويستحب أن تكون على الأقارب؛ لقوله - عليه السلام - لميمونة لما(٥) أعتقت خادمًا: «لَوْ أَعْطَيْتِهَا لِأَخْوَالِكِ لَكَانَ أَعْظَمَ لَكِ أَجْرًا»(٦).

ففضل العطية للأقارب على العتق؛ [لأنه صلة وصدقة](٧).

وقد قال مالك: صدقتك على ابن عمك اليتيم أفضل من العتق. ثم فى الجيرة، وفى الإصلاح ورفع الشحناء؛ لقوله - عليه السلام - لما قالت له عائشة - رضى الله عنها -: إن لى جارين، فإلى أيهما أهدى؟ قال: «لأَقْرَبِهِمَا»(٨).

---

(١) أخرجه البخارى (١٤١٩) وطرفه فى (٢٧٤٨)، ومسلم (٩٢/ ١٠٣٢)، والبغوى (٣/ ٤٢٣) (١٦٦٥) من حديث أبى هريرة.

(٢) أخرجه البخارى (١٤٢٧)، ومسلم (٩٥/ ١٠٣٤)، والبغوى فى شرح السنة (٣/ ٣٨٧) (١٦١١) من حديث حكيم بن حزام.

(٣) سقط فى أ.

(٤) من حديث أبى ذر: أخرجه البخارى (٥/ ١٤٨) حديث (٢٥١٨)، ومسلم (١/ ٨٩) (١٣٦/ ٨٤).

(٥) فى ط: وقد.

(٦) أخرجه البخارى (٥/ ٢١٧) حديث (٢٥٩٢)، ومسلم (٢/ ٦٩٤) (٤٤/ ٩٩٩). وفى ط: أعظم لأجرك.

(٧) فى ط: لأنه صدقة وصلة.

(٨) أخرجه البخارى (٥/ ٢١٩) (٢٥٩٥).

وسر ذلك: أن الجوار له حق، والقرب له حق، فيجتمع فى الجار القريب الأمران مع الصدقة؛ كما اجتمعا فى القريب، ومعروفان أفضل من معروف.

قال غيره: تقدم الأنثى على الذكر؛ لأن وقع الإحسان مع ضعف الأنوثة أتم، ويقدم العالم على الجاهل؛ لأن قيام بنيته تنفع الناس، والصالح على الطالح؛ لأن بنيته ينتفع بها فى عبادة الله - تعالى - والفقير الذى كان غنيًا على من لم يزل فقيرًا؛ لقوله - عليه السلام -: «ارْحَمُوا عَزِيزَ قَوْمٍ ذَلَّ، وَغَنِيَّ قَوْمٍ افْتَقَرَ»[1] فإن ضرره بالفقر أوقع.

وقيل له عليه السلام: أى الناس أحق ببرّى؟ قال: «أُمُّكَ» قال: ثم من؟ قال: «أُمُّكَ» قال: ثم من؟ قال: «أَبُوكَ»[2]. فجعل لها ثلثى البر، وهو يدل على أفضلية الإحسان للإناث على الذكور من كل نوع.

فرع: قال ابن يونس: قال مالك: لا تشترى الصدقة من المتصدق عليه، ولا من غيره ولا ترجع إليه باختيار، من شراء، أو غيره، وإن تداولتها الأملاك والمواريث؛ لقوله - عليه السلام - فى البخارى «لَيْسَ لَنَا مَثَلُ السَّوْءِ، الْعَائِدُ فِى هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِى قَيْئِهِ».

قال مالك: يجوز أكل لحم غنم تصدقت بها على ابنك الكبير، وتشرب من لبنها، وتلبس من صوفها إذا رضى الولد، وكذلك الأم، بخلاف الابن الصغير، لأجل الحجر، ومال الكبير كمالك.

وإذا[3] تصدقت على أجنبى بنخل أو دابة، فلا تأكل من ثمرها، ولا تركبها، ولا تنتفع بها، ولا شىء من ثمنها بعارية، أو غيرها، ولو تصدق به عليك لا تقبله[4]؛ للحديث المتقدم.

وقال محمد: إذا لم يبتل الأصل، بل تصدق بالغلة عمرًا، أو أجلًا، فله شراء ذلك. قاله: مالك، وأصحابه إلا عبد الملك، واحتج بالحديث.

---

(١) انظر إتحاف السادة المتقين (٨/٥٥٩)، والأسرار المرفوعة (٤٦٣).
(٢) من حديث أبى هريرة: أخرجه البخارى (١٠/٤٠١) حديث (٥٩٧١)، ومسلم (٤/١٩٧٤) (١/٢٥٤٨)، وأخرجه الحميدى فى المسند (١١١٨) بتكرار لفظ (أمك) مرتين ثم قال: قال سفيان: فيرون أن للأم الثلثين من البر وللأب الثلث.
(٣) فى ط: إن
(٤) فى ط: لا تقبلها.

وجوابه: المعارضة بالحديث الآخر فى شراء العرية.

وإن جعلت الثمرة، أو الخدمة إلى أجل، والرقبة بعده لآخر، فلا يجوز شراؤك.

ويجوز لمن له مرجع الأصل، ولورثته؛ لأنه لم يتصدق، ويجوز لصاحب الغلة شراء الأصل ممن جعل له. قاله مالك.

قال اللخمى: المشهور: أن النهى عن شراء الصدقة على الندب والكراهية.

وقال الداودى: حرام.

فعلى الأول: إذا نزل مضى.

وعلى الثانى: يفسخ.

وألحق مالك الزكاة الواجبة بالتطوع، واختلف فى الإجزاء إذا فعل:

قال: وأرى الإجزاء.

فرع: فى الكتاب: تصدقت عليه بحائط أو وهبته، وتنازعتما فى الثمرة - فإن لم تؤبر يوم الصدقة فهى للمعطى تبعًا، وإلا فلك؛ كالبيع، ولا يمين عليك؛ لأنه لم يحقق الدعوى فى الثمرة، ويحوز الرقاب، والسقى عليك؛ لأجل ثمرتك، ويتولى ذلك هو حتى يتم الحوز.

قال ابن يونس: لو حقق الدعوى لحلفت.

فرع: فى الكتاب: وهب النخل، واستثنى الثمرة عشر سنين، فإن كان الموهوب يسقيها بمائه امتنع؛ للغرر فى بذل المال فى السقى، وفيما لا يعلم حصوله.

كمن وهب فرسه، ليغزو عليه سنين، ونفقته على الموهوب، ثم هو له بعد ذلك، واشترط عليه عدم البيع.

ولو كانت النخل [بيدك][1] تسقيها وتقوم عليها، جاز؛ كأنك وهبتها بعد عشر سنين إن سلمت ولم تمت أنت ولم تستدن.

وقال أشهب: لا يبطل شرطه فى الغرس العطية، بل يتعجله[2]؛ كمن أعار رجلًا سنة، [ثم آخر بعده][3] وترك المعار عاريته، فيتعجل الثانى.

(١) سقط فى أ.
(٢) زاد فى ط: ويزول الخطر.
(٣) سقط فى أ.

قال اللخمى: إذا كان السقى عليك، وطلب أخذ النخل [لم يكن له ذلك][(١)].

قال: وأرى إن قلت: هى لك من الآن وثمرتها لى عشر سنين، وسقيها على أن تجبر على تحويزه إياها الآن.

وإن تعدى عليها أجنبى فقطعها، فالقيمة للموهوب.

وإن قلت: هى لك بعد عشر سنين، فالقيمة لك.

فرع: فى الكتاب: أشهد أن لفلان فى ماله صدقة مائة دينار، لزمته إن حملها [ماله][(٢)]، وإلا لم يتبع بما عجز؛ لاختصاص اعترافه بماله.

فرع: قال: إذا مات الحر، أو العبد قبل الحوز فلورثة الحر ولسيد العبد القبض للزوم [العقد][(٣)].

فرع: قال اللخمى: إذا وهبت دينك للميت المديون، اقتسمه الورثة على الفرائض، أو لهم: اقتسموه، الذكر والأنثى، سواء للزوجة والزوج، إلا أن تقول: على السهام؛ لأن الأصل[(٤)] فى الشركة: التسوية، فلو طرأ وارث بعد القسمة، فقال: قد صار إلى ميراثى، أو تركته لكم، اقتسموه على الفرائض.

قال: وينبغى فى «تركته لكم» القسمة بالتسوية، وإن طرأ غريم آخر، وكان الأول قد قال: وهبت دينى لكم - فللورثة أن يضربوا بدين الأول، ويأخذوا ما ينوبه.

وقال ابن عبد الحكم: إن قال: أسقطت دينى، لم يحاصص الورثة بدينه إذا كان الميت معروفًا بالدين، وإلا فإن كان الورثة فقراء، حمل تركه على الدين بالورثة فيتحاصون فيه.

فرع: فى الكتاب: إذا وهبت المبيع بيعًا فاسدًا قبل تغيره فى سوقه، أو بدنه، جازت الهبة إن قام بها الموهوب، أو بعد تغير سوقه امتنع؛ للزومه للمبتاع بالقيمة، وإن أعتقته قبل تغير سوقه أو بدنه، جاز - أيضًا - لبطلان العقد.

قال ابن يونس: قال أشهب: لا يعتق إلا بعد الفسخ؛ لأن ضمانه من المشترى.

قال اللخمى: قال محمد: للموهوب القيام بعد موتك، وقبل الفوت، وإذا وهبته

---

(١) فى ط: ما لم يكن ذلك له.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى أ.
(٤) فى ط: أهل.

قبل الفوت، ورضي المشترى بإمضاء الهبة - جاز، وانتقض البيع، وصار وديعة فى يد المشترى، ولا ضمان عليه، وتصح حيازته للموهوب له، وإن لم يقل له: أنا أحوزه لك، فقولان يتخرجان من هبة الوديعة؛ لأن يد الواهب ليست عليها فتصح، وإن تمسك المشترى بالمبيع، ولم يرض بقبضه ولا بإمضاء الهبة، ثم فات، مضى حكم البيع إن كان مختلفًا فى فساده، وإن اجتمع على فساده مضت الهبة؛ لأن العقد أبقى نقل الضمان دون الملك، وإن علمت بالفوت وأن الحكم عدم الرد، حمل على أنك أردت هبة القيمة، فإن مات العبد قبل الهبة أخذت القيمة؛ لأنه لا يجهل أحد أن الموت فوت.

قال صاحب «النكت»: إذا وهب قبل حوالة السوق، ولم يقبضه حتى حالت السوق، بيع المبتاع.

قال أبو محمد: بطلت الهبة للفوت قبل الحوز، ثم رجع إلى أن الهبة وقعت فى حالة وجوب رد العين؛ فهبة البائع فوت لانتقاله عن ملكه.

فرع: فى الكتاب: إن وهب المرهون، جاز، وتعطى ما عليك إن كان لك مال، فإن لم يقم عليك حتى فديته، أخذه بعقد الهبة، ما لم تمت فتبطل الهبة.

وتصح هبة المغصوب، واشترط الأئمة القدرة على التسليم، فمنعوه من غير الغاصب.

والبحث يرجع إلى جواز هبة المجهول والغرر، فنحن نجيزه، وهم يمنعونه؛ فإن المغصوب[1] أسوأ أحواله أن يكون غررًا، وليس حوز المرتهن، والغاصب حوزًا؛ لأنهما حازا لأنفسهما، بخلاف من أخدم عبده سنين، ثم هو هبة بعد ذلك؛ فقبض المخدم قبض للموهوب.

وقال أشهب: إن قبض الموهوب قبل قبض المرتهن[2]، فهو أحق إن كان الواهب مليًا، ويعجل الحق، وفى هبة الثواب يعجل الحق؛ كالبيع.

قال اللخمى: قيل: ليس عليك افتكاك الرهن إذا حلفت أنك لم ترد تعجيله؛ لأنه تجديد حق عليك، ويخير المرتهن بين ترك الرهن وبين نقله إلى الأجل، فإن حل

---

(١) فى أ: الموهوب.
(٢) فى أ: الرهن.

والواهب موسر، قضى الدين، وأخذه الموهوب، فإن كان يجهل أن الهبة لا تصح إلا بعد تعجيل الدين حلف على ذلك، ولم يجبر على التعجيل.

فرع: قال ابن يونس: إذا اشترط على الموهوب(١) ألا يبيع، ولا يهب، بطلت الهبة والصدقة؛ لأنه شرط مناقض للعقد.

قال مالك: إلا فى السفيه والصغير فيشترط ذلك عليه؛ للبلوغ أو الرشد؛ لأنه مقتضى حالهما.

وقال أشهب: هى حبس عليه وعلى عقبه؛ نظرًا لموجب الشرط، فإذا انقرضوا رجعت حبسًا على أقرب الناس بالمعطى يوم المرجع.

قال ابن القاسم: ولو قال: إن أردت بيعه فأنا أحق به بطلت للحجر.

وعن مالك: الجواز.

قال اللخمى، عن ابن القاسم: إذا وهب على ألا يبيع، ولا يهب، إن نزل مضى وهو على شرطه؛ لأن الهبة معروف كالحبس، فيقبل الشرط(٢)، ولا يبيعها إلا على ما جوزه مالك دون ابن القاسم.

وجوز المغيرة هبة الأمة على أن كل ولد تلده له؛ لأن المقصود خدمتها، ومنافعها.

وإن وهبها على أن يتخذها أم ولد:

قال ابن القاسم: يجوز وطؤها، وإن أدركت قبل الوطء، خير الواهب بين الإمضاء(٣) بغير شرط، أو يردها، فإن وطئها تقررت.

وقال أصبغ: إن علم بذلك بعد الوطء وقبل الحمل، خير الواهب بين الإمضاء بغير شرط وبين ردها، ولو أفاتها(٤) الموهوب بعتق، أو تدبير، أو بيع، لزمته قيمتها للفوت.

وقال ابن عبد الحكم: الهبة جائزة، ويؤمر الموهوب بالوفاء بالشرط، فإن قال: لا أعطيها الولد، أمر بذلك، ولم ينزع منه.

---

(١) فى ط: الواهب.
(٢) فى أ: فتقبل الشروط.
(٣) فى ط: إمضاءها.
(٤) فى أ: أفاته.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إن[1] قال: إن ضمنت عنى الدين فدارى صدقة عليك لا تلزم الصدقة ولا الضمان؛ لعدم الرضا بالهبة بالبيت.

وقال: إذا قالت له امرأته[2] وقد مرضت: إن حملتنى إلى أهلى، فمهرى صدقة عليك، فذهبت إلى أهلها لتقطع ما جعلت له - سقط المهر، وإن بدا له[3] هو رجعت عليه بالمهر توفية بالشرط.

وإن قبلها على أن يتخذها أم ولد، حرم وطؤها؛ لفساد الهبة بالتحجير، فإن حملت بوطئه، فهى أم ولد، ولا قيمة عليه؛ توفية بالشرط، بخلاف إذا أحلت له، عليه القيمة؛ لأن المحلل لم يعطه الرقبة، فإن لم تحمل فهى له، ولا ترد الصدقة؛ لأنه طلب الولد بالوطء، فقد وفى بالشرط.

وإن قال: إن حفظ ولدى القرآن فله دارى، وأشهد على ذلك - وفى له بالشرط، وإن عمله تحريضًا، فلا شىء له.

فرع: فى الكتاب: للأم الاعتصار لهبة ولدها فى حياة أبيه، أو ولدها الكبار؛ قياسًا على الأب، إلا أن ينكح أو يتداين؛ لتعلق الحق بها، وإن لم يكن له أب حال الهبة لا تعتصر؛ لأن الهبة لليتيم صدقة، والصدقة لا تعتصر، وإن وهبته وهو صغير، وأبوه حى مجنون مطبق، فهو كالصحيح لها الاعتصار.

وللأب الاعتصار من الصغير والكبير ما لم ينكح أو يتداين، أو يحدث فى الهبة حادثًا، أو يطأ الأمة، أو تتغير الهبة فى نفسها لانتقال العين؛ كالبيع الفاسد.

وله الاعتصار وإن كانت الأم ميتة عند الهبة؛ لأن اليتم فَقْدُ الأب فى بنى آدم دون الأم، وفى البهائم بالعكس.

ولا يكون له اعتصار ما وهبه غيره؛ لأن مال الابن معصوم، وليس لغير الأبوين اعتصار من جد أو جدة أو ولد.

ووافقنا (ش) وأحمد فى اختصاص الأب والأم بالاعتصار دون غيرهما.

وخالفنا (ش)، وأحمد فى الرجوع فى الصدقة فجوزاه.

---

(١) فى ط: إذا.
(٢) فى ط: لك امرأتك.
(٣) فى أ: لها.

ووافقنا (ح) فيها، وجوز الرجوع من كل واهب، إلا من وهب لذى رحم محرم؛ لأن أصل الهبة عنده على الجواز، وإنما يمتنع[١] الرجوع؛ لتوقع العقوق بين ذى الأرحام المحرمة.

وناقض فى الزوجين، فمنع[٢] الاعتصار بينهما، واشترط حكم الحاكم فى الرجوع، وعلى الحاكم أن يحكم بذلك.

حجته: قوله - عليه السلام -: «مَنْ وَهَبَ هِبَةً فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا وَلَكِنَّهُ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِى قَيْئِهِ»[٣].

وبالقياس على الوصية بجامع التبرع.

خولف ذلك فى: ذى الرحم؛ لقيام معارضة العقوق، وفى الزوجين؛ لمعارضة المواصلة، فبقى[٤] ما عداه على مقتضى القياس.

والجواب عن الأول: منع الصحة، أو حمله على الأبوين، أو على ما قصد به هبة الثواب.

وعن الثانى: الفرق بأن الوصية عند مفارقة الدنيا يجوز الرجوع فيها، حتى لا ينفر الناس من الإحسان بالمال؛ خوفًا من عدم الموت فيعيش فقيرًا، فإذا علم أن له الرجوع أمن؛ فكثر الوصية وجاد، والهبة فى الحياة بخلاف ذلك؛ لأن المال مطلوب الحفظ فاستغنى عن الترغيب بما ذكرناه.

سلمنا عدم الفرق، لكنه معارض بالقياس على البيع، وبقوله - تعالى -: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وبقوله - عليه السلام - فى أبى داود: «لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُعْطِى عَطِيَّةً يَرْجِعُ فِيهَا، إِلَّا ٱلْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِى لِوَلَدِهِ»[٥] وهو نص فى صحة مذهبنا،

---

(١) فى ط: امتنع.

(٢) فى أ: فمنعوا.

(٣) أخرجه بلفظه: الدارقطنى (٣/٤٤)، وبنحوه: البخارى (٢٦٢١)، و (٢٦٢٢) ومسلم (١٦٢٢) من حديث ابن عباس.

(٤) فى ط: فيبقى.

(٥) من حديث طاوس: أن النبى - صلى الله عليه وسلم - قال...

أخرجه الشافعى فى المسند (٢/١٦٨) فى الهبة والعمرى (٥٨٤)، وعن عبد الرزاق (٩/ ١١٠) فى المذاهب: باب العائد فى هبته (١٦٥٤٢)، والبيهقى فى السنن (٦/ ١٧٩ - ١٨٠) فى الهبات: باب من قال: لا يحل لواهب أن يرجع.

وإبطال مذهبكم، حيث جوزتم، وحيث منعتم.

وقال (ش): لا يمنع الاعتصار الزواج، ولا الفلس، ولا نقصان الهبة، ولا وطء الولد، ولا الزيادة غير المتميزة: كالسمن والصنعة، والزيادة المتميزة: كالصوف، والكسب يرجع فى الأصل دون الزيادة، ولا البيع إذا رجعت بهبة أو ميراث.

ويبطل الرجوع الهبة المتصلة بالقبض، وإحبال الأمة.

وقال أحمد[(١)]: يبطل الاعتصار الخروج عن الملك وإن عادت إليه، والاستيلاد لتعذر الملك، بخلاف التدبير، والهبة، والوصية قبل القبض، والوطء، والتزويج، والإجارة، وكل تصرف لا يمنع من التصرف فى الرقبة.

و[لا][(٢)] يمنع الاعتصار المداينة، وتزويج والولد ذكرًا كان أو أنثى، والزيادة المتصلة، وقاله (ح) فيها بخلاف المنفصلة.

ولا يمنع تلف بعضها ونقصها.

قال صاحب الخصال: ليس للوالد الاعتصار فى اثنتى عشرة صورة فى مذهب مالك:

إذا تزوج [الولد][(٣)]، أو استدان، أو مرض، أو مرض الوالد، أو وهبها لصلة الرحم أو لقرابة، أو لوجه الله، أو لطلب الأجر، أو قال: هبة لله، أو كانت جارية فوطئها الابن، أو يريد بها الصلة، أو تغيرت.

وقال ابن بشير: للاعتصار سبعة شروط:

أن تكون الهبة قائمة لم يحدث فيها عيب، ولم يتعلق بها حق لغريم أو زوج أو زوجة والواهب أب، والموهوب له غير فقير.

= ورواه حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس عن النبى ﷺ: أبو داود (٣/ ٢٩١) فى البيوع: باب الرجوع فى الهبة (٣٥٣٩).

وأخرجه النسائى (٦/ ٢٦٤، ٢٦٥) فى الهبة: باب رجوع الوالد فيما يعطى ولده، وابن ماجه (٢/ ٧٩٦) فى الهبات: باب من أعطى ولده ثم رجع فيه (٢٣٧٨)، وأحمد فى المسند (٢/ ١٨٢) والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١٧٨) فى الهبات: باب رجوع الوالد فيما وهب من ولده، والحاكم فى المستدرك، وأحمد (٢/ ٢٧، ٧٨)، وابن الجارود رقم (٩٩٤)، والطحاوى فى شرح الآثار (٤/ ٧٩).

(١) فى أ: وقال محمد.

(٢) سقط فى ط

(٣) سقط فى أ.

فائدة: قال صاحب التنبيهات: الاعتصار لغة: الحبس والمنع، وقيل: الارتجاع.

قال: وهو يدخل فى الهبة وغيرها من النحل دون الأحباس والصدقة، ولو كانت بلفظة الهبة إذا قال: لله - تعالى - أو لصلة الرحم؛ كما أن الصدقة إذا شرط فيها الاعتصار فله شرطه، والعمرى كالحبس، وقيل: كالهبة.

وخرج من قول مالك فى العتبية: «أنه يأكل مما تصدق به على [ابنه الصغير]»[١]- جواز اعتصار الصدقة.

قال ابن يونس: قال ابن دينار: زواج الذكر لا يبطل الاعتصار، بخلاف الأنثى؛ لأن الصداق بذل لمالها.

وقال محمد: إذا وهبت الأم ولدها الصغير، فبلغ قبل موت أبيه، ثم مات أبوه - فلها الاعتصار؛ قياسًا على الأب، وإن مات الأب قبل بلوغه ثم بلغ، لم تعتصر؛ لأن موت الأب قبل البلوغ يقطع الاعتصار؛ لتعلق الحجر بالمال من غيرها، فيرتفع [به][٢] سلطانها؛ لأنها لا تلى المال فلا تعود بعد ذلك.

وإذا وهبت لولدها اليتيم الموسر فلها الاعتصار؛ لانتفاء دليل الصدقة وهو الحاجة، قاله أشهب.

وقال عبد الملك: إذا وهبت وقبضها الأب، لا تعتصر؛ لدخولها تحت ولاية الأب، وكذلك إذا حاز الوصى، ولو كانت هبة اعتصرت؛ لتمكنها من التصرف فى الهبة بالولاية، كان له أب أم لا، وإذا انقطع الاعتصار بالنكاح لا يعود[٣] بالطلاق، أو موت الزوج؛ لتقرر الملك، وكذلك إذا زال النكاح للذكور[٤] أو دَيْنهم، أما مرض الأب أو الابن إذا زالا، عاد الاعتصار؛ لأنه لحق الغير؛ كما يزول الحجر بعد ثبوته، قاله سحنون.

وعن مالك: المرض كالدين؛ قياسًا عليه.

وقال المخزومى: لا يفيت وطء الأمة، وتوقف، فإن حملت بطل الاعتصار.

وقال ابن القاسم: يكفى الوطء؛ لأن تحريمها يعتبر بحالها، ولما فيه من

(١) فى أ: أمته.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: لا يعتد.
(٤) فى ط: المذكور.

الكشف، ويكفى تقرير النكاح الثانى فى مسألة الوليين، وإن كان باطلًا لتأخره.

ويصدق الابن فى الوطء إذا غاب عليها؛ لأنه أمر لا يعرف إلا من قبله كالعدد.

فعند ابن القاسم: إذا علم أن الابن يزوج لأجل غناه لا لأجل تلك الهبة، فلأبيه الاعتصار.

وكذلك إذا وهبه ما قيمته عشرون دينارًا وهو له ألف دينار، له الاعتصار، وإن تزوج؛ لأن عدم الاعتصار إنما كان نفيًا للضرر الذى يتوقع من الاعتصار، حيث يعلم أنه إنما يزوج اعتمادًا على الهبة.

وعن مالك: يمتنع الاعتصار؛ لأنه قد قوى بها.

وإذا وهبه دنانير، فجعلها على يد رجل فصاغها حليًا، لا يعتصره؛ لتغيره؛ كما لو اشترى به جارية.

قال مالك: للأم من الاعتصار ما للأب، والجد والجدة كالأبوين؛ لاندراجهم فى حرمة المصاهرة فى عدة مواضع، فكذلك يندرجان فى لفظ الوالد فى الحديث المتقدم، وما يعتصر إذا أثاب الابن منه لا يعتصر؛ لانتقاله لباب البيع، وكذلك إذا أثابه عنه غيره.

وإذا نمت الهبة فى بدنها فلا اعتصار؛ لأنها حينئذ غير العين الموهوبة، ولا يمنع حوالة الأسواق؛ لأنها رغبات الناس فهى خارجة عن الهبة، ويمنع مرض الأب؛ لأنه حينئذ يعتصره لغيره، فيمنع كما يمنع من الأخذ بالشفعة لبيع.

قال اللخمى: قال مالك وابن القاسم: للأم الاعتصار.

وقال عبد الملك: إن حازها الأب لم تعتصر؛ لأنها فى ولاية غيرها، وكذلك إذا لم يكن له أب وليس فى ولايتها، وإنما تعتصر ما فى ولايتها.

قال: قال: والأول أحسن؛ لأن الأب يعتصر هبة ولده الكبير بعد قبضها، وخروجها عن ولاية الأب.

قال: وفى منع حدوث العيب بالهبة الاعتصار قولان.

قال: وعدم المنع أحسن؛ لأن ضرره على الواهب.

وسمن الهزيل وكبر الصغير فوت؛ لتعلق حق الموهوب، إلا أن يكون هو المنفق على العبد. قاله محمد؛ لأنه كماله.

وفى تزويج الأمة الموهوبة قولان؛ لأنه عيب، وإذا ولدت فله أخذ الأمة دون

ولدها، والزوجية بحالها؛ لأن الزوجية عيب فلا يفيت، والولد نما بمال السيد؛ لأن الزوج ينفق على الزوجة والسيد على الولد، إلا أن يعتصر بقرب الولادة.

وبناء الأرض وغرسها فوت، خلافًا لـ (ش) ؛ لأنه ينقص الأرض، ويوجب حقًّا للموهوب وهدم الدار ليس فوتًا، إلا أن يهدمها الابن؛ لأنه ينفق عليها، إلا أن يعتصر العرصة وحدها. وإذا لم يكن عنده سوى الهبة، فاشترى سلعة للتجارة امتنع الاعتصار؛ لتعلق حق القضاء بها.

ومرض الأب أو الابن يمنع؛ لتعلق حق الورثة من جهة الابن، وكون الأب يعتصره لغيره، قاله محمد.

وعنه: مرض الأب غير مانع؛ لأن المرض يوجب الحجر، والحجر لا يمنع تحصيل المال بل إخراجه، كما له أخذ مال مدبره، وأم ولده فى مرضه، وإن كان الأخذ لغيره.

وإذا اعتصر[1] فى المرض ثم صح، تم الاعتصار؛ لأنه تبين أنه فى حكم الصحيح.

قال: وينبغى أن يوقف، إن مات سقط وإلا ثبت.

وقيل: إذا طلب الاعتصار [فى المرض][2] ثم صح، لم يعد الاعتصار.

قال: وليس بحسن.

وإذا تقدمت المداينة وغيرها من الموانع الهبة، لا تمنع الاعتصار.

وقال عبد الملك: تمنع. وليس بحسن؛ لأنه لم يزوج لأجلها، ولا ادان لأجلها، والمرض لم يطرأ عليها.

واختلف فى الاعتصار من الولد الكبير الفقير:

فقيل: يعتصر؛ لظاهر الحديث.

ومنع سحنون.

قال: وإنما يعتصر إذا كان فى حجره وإن كان فقيرًا؛ لأنه المنفق عليه فهو غنى به، أو ليس فى حجره وهو غنى؛ لأن الهبة قد تكون لقصد سد خلته إذا كان فقيرًا.

---

(١) فى ط: اعتمر.

(٢) سقط فى أ.

وتعتصر الأم إذا كان الابن موسرًا، كان أبوه موسرًا أو معسرًا، ويختلف إذا كانا فقيرين؛ قياسًا على الولد الفقير. قاله أشهب، ومنع من الفقير الصغير؛ لأنه صدقه حينئذ.

والمذهب: الاعتصار من الكبير الفقير، وإن لم تعتصر الأم فى الصغير حتى مات الأب، فلها الاعتصار؛ نظرًا إلى حالة العقد، وقيل: لا تعتصر.

فرع: فى الجلاب: إذا وهب لولده[(١)] دنانير أو مثليًا فخلطه بمثله - بطل الاعتصار؛ لتعذر التمييز، وكذلك لو صاغها حليًا فى شرح الجلاب: يتعذر الرجوع.

فرع: قال الأبهرى: لا يعتصر لغرمائه بدين متجدد بعد الهبة، بل إنما يعتصر لنفسه؛ كما يأخذ من ماله لينفق على نفسه دون غيره.

فرع: قال صاحب المقدمات: هبة الثواب مباحة، خلافًا للأئمة.

قالوا: لأنه بيع للسلعة بقيمتها، أو بثمن مجهول إن لم يعينوا القيمة، وهو ممنوع فى البيوع اتفاقًا؛ فكذلك ههنا.

ولأن موضوع الهبة: التبرع لغة، والأصل: عدم النقل، والتبرع لا يقتضى عوضًا؛ فلا تكون الهبة تقتضى ثوابًا.

ولأن كل عقد اقتضى عوضًا غير مسمى [لا][(٢)] يفترق فيه الأعلى مع الأدنى: كالنكاح فى التفويض، فلو اقتضته الهبة لاستوى الفريقان.

وبالقياس على الوصية بجامع التبرع.

والجواب عن الأول: الفرق بأن هبة الثواب وإن دخلها العوض فمقصودها أيضًا: المكارمة، والوداد؛ فلم تتمحض للمعاوضة والمكايسة، والعرف يشهد بذلك؛ فلذلك جاز فيها مثل هذه الجهالة والغرر؛ كما جوز الشرع الذهب، والفضة، والطعام لا يدًا بيد [فى القراض][(٣)]؛ لأن قصده المعروف، فظهر الفرق.

وعن الثانى: إن أردتم أن كل هبة موضوعها التبرع، فهو مصادرة على محل

---

(١) فى أ: له.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى أ.

النزاع؛ لاندراجها فى هذه الكلية.

وإن أردتم أن بعض الهبات كذلك فمسلم، ولا يضرنا ذلك؛ لأن عندنا أن هبة الأدنى للأعلى موضوعة للعوض، والأعلى للأدنى للتبرع بشهادة العرف، فيكون لغة كذلك؛ لأن الأصل: عدم النقل والتغيير.

وعن الثالث: الفرق بأن النكاح للعوض فيه لازم شرعًا، لا يتمكنان من إسقاطه، فلذلك اطرد فى جميع الصور، والسلعة قائمة للعوض وعدمه، فإذا اقترن بها ما يدل عليه أو على عدمه، اتبع ذلك الدليل.

أو نقلبه فنقول: عقد يصلح للوداد فيقتضى العوض؛ قياسًا على النكاح، بل هى عندنا ملحقة بنكاح التفويض يسكت عن العوض فيه، ويلزم صداق [المثل][1]، كذلك ههنا يلزم قيمة المثل.

وعن الرابع: الفرق بأن الوصية تراد لثواب الآخرة؛ فلذلك لم تقتض أعواض الدنيا كالصدقة.

ثم يتأكد[2] مذهبنا بقوله - تعالى -: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ [النساء: ٨٦] وهو يشمل الهبة والهدية؛ لأنها يتحيا بها، وورودها فى السلام لا يمنع دلالتها على محل[3] النزاع؛ لأن العبرة بعموم اللفظ، لا بخصوص السبب.

ولأنه - عليه السلام - أهدى إليه أعرابى ناقة، فأعطاه ثلاثًا فأبى، فزاده ثلاثًا فأبى، فلما كملت تسعًا قال: رضيت.

فقال - عليه السلام -: «وَايْمُ اللهِ لَا أَقْبَلُ مِنْ أَحَدٍ بَعْدَ الْيَوْمِ هَدِيَّةً إِلَّا أَنْ يَكُونَ قُرَشِيًّا أَوْ أَنْصَارِيًّا أَوْ ثَقَفِيًّا أَوْ دَوسِيًّا»[4]. خرجه الترمذى وأبو داود بألفاظ مختلفة؛ فدل على أن الهبة تقتضى الثواب وإن لم يشترط؛ لأنه عليه السلام أعطاه حتى أرضاه.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: يتأيد.

(٣) فى ط: محمل.

(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٠) فى البيوع: باب فى قبول الهدايا (٣٥٣٧)، و الترمذى (٥/ ٦٨٧) فى كتاب المناقب: باب مناقب ثقيف وبنى حنيفة (٣٩٤٦)، والنسائى (٦/ ٢٧٩ - ٢٨٠) فى كتاب العمرى: باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، وابن حبان. ذكره الهيثمى ص (٢٧٩) فى البيوع: باب ما جاء فى الهدية (١١٤٥).

وروى عنه - عليه السلام -: «الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا»[١].

وما زال الصحابة على ذلك، رضى الله عنهم.

ولأنه مفهوم فى العرف، والعرف كالشرط، ويشير إليه قوله - تعالى -: ﴿وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَا۟ فِىٓ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ فَلَا يَرْبُوا۟ عِندَ ٱللَّهِ﴾ [الروم: ٣٩] أى: لا أجر له فيربو، فنفى[٢] الأجر، ولم يثبت الإثم؛ فدل ذلك على أنه عادة العرف، وعلى الإباحة.

قال صاحب المقدمات: وهى حرام على النبى ﷺ؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَمْنُن تَسْتَكْثِرُ﴾ [المدثر: ٦] أى: لا تعط لتأخذ أكثر منه؛ لشرف منصبه - عليه السلام - عن ذلك؛ لما فيه من المسكنة.

فرع: فى الكتاب: إذا شرط الواهب الثواب، أو يرى أنه أراده، فلم يثب - فله أخذ هبته إن لم تتغير فى بدنها بنماء أو نقص، بخلاف البيع، وكذلك إذا أثابه أقل من قيمتها، ولا يجبر الموهوب على الثواب إذا لم تتغير الهبة عنده، ويلزم الواهب أخذ القيمة يوم وهبها؛ لأنه يوم العقد، وليس للموهوب ردها فى الزيادة إلا برضا الواهب، ولا للواهب أخذها فى نقص البدن إلا برضا الموهوب.

ولا يفيتها[٣] عند الموهوب حوالة الأسواق؛ لأنها رغبات الناس خارجة عن الهبة، وإذا عوض الموهوب الواهب أقل من قيمة الهبة، ثم قام الواهب بعد ذلك، حلف: ما سكت إلا للانتظار، وتكمل له القيمة؛ لأن الأصل: عدم الرضا، لا سيما بدون القيمة، أو ترد الهبة إن لم تفت.

والصدقة للثواب[٤] كالهبة للثواب، وهبة الدين للثواب تمنع إلا يدًا بيد؛ لئلا يكون فسخ دين فى دين.

قال صاحب التنبيهات: قوله: إذا شرط يقتضى جواز التصريح بالشرط؛ لأن الثواب ثمن، فالتصريح به جائز.

ومنع عبد الملك التصريح بالشرط؛ لأنه بيع للسلعة بقيمتها.

---

(١) تقدم.
(٢) فى ط: فبقى.
(٣) فى ط: بقيمتها.
(٤) فى ط: للشراب.

وللمسألة أربعة أوجه:

أن يسكت ويعلم طلبه للثواب بعادة أو ظاهر حال الهبة، فيجوز اتفاقًا. وأن يصرح فيقول: وهبتك للثواب، أو لتثيبنى، من غير [ذكر][١]شرط، فجعله اللخمى كالأول متفقًا عليه، وظاهر قول عبد الملك يقتضى المنع. وأن يصرح بالشرط، فالمذهب الجواز، وعبد الملك يمنع؛ لأنه بيع بالقيمة، وهو ممنوع اتفاقًا.

وأن يقول: على أن تثيبنى كذا بعينه، فيجوز منها[٢] ما يجوز فى البيع، ويمتنع ما يمتنع.

وتنعقد الهبة الجائزة بالقبول، وقال عبد الملك: لا تنعقد هبة الثواب إلا بالقبض.

قال اللخمى: لم يختلف المذهب إذا فاتت: أنه يجبر على القيمة، وليس له إذن أكثر، فإن كانت قائمة، فكذلك - أيضًا - مذهب الكتاب.

وعنه: له أن يأبى وإن أثيب أكثر من قيمتها لقول عمر - رضى الله عنه -: «من وهب هبة يرى أنها للثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض منها».

ولأنه لو أراد القيمة لباعها فى السوق، والأصل: عصمة الأموال إلا برضا أربابها.

قال: وأرى: إن أثيب منها ما يرى أنه كان يرجوه من هذا الموهوب، فإنه يلزمه، قائمة كانت أو فائتة؛ لأنه إنما رضى بإخراج سلعته به.

فرع: فى الكتاب: للواهب هبة الثواب المنع من القبض حتى يقبض العوض؛ كالبيع فإن قبض قبل العوض، وقفت فيثيبه، أو يردها ويتقوم له ما لا يضر.

وإن مات الواهب للثواب وهى فى يده، فهى نافذة؛ كالبيع، وللموهوب أخذها إن دفع العوض للورثة، وورثته تقوم مقامه؛ كالبيع.

قال اللخمى: المذهب: له منعها حتى يثاب؛ لحديث عمر، رضى الله عنه.

وقال محمد: ليس له المنع من قبضها؛ لأن العادة: تقدم تسليمها قبل الطلب،

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: منه.

وإذا كان الواهب مريضًا، جاز له تسليمها على القول الأول قبل القبض، وليس له على القول الآخر، إلا أن يكون الموهوب له فقيرًا؛ فللورثة منعه منها، وإن قبضها منعوه من بيعها حتى يثيب، وإن كان موسرًا لم يكن لهم منعه من البيع على المذهب.

وقيل: يمنع.

ومتى غاب على الجارية العلى، امتنع الرد؛ خشية الوطء، وإذا امتنع الرد، أبيح الوطء قبل الإثابة.

فرع: فى الكتاب: لا ثواب فى هبة النقدين؛ لأنهما يقصدان عوضًا لا معوضًا، إلا أن يشترط، فيثاب عرضًا أو طعامًا؛ حذرًا من النساء فى الصرف، وإن وهب حليًّا للثواب عوض عرضًا لا عينًا[1] ولا حليًّا من فضة.

قال ابن يونس: وعن ابن القاسم: إذا اشترط الثواب فى النقدين ردت الهبة؛ لأنهما قيمة فلا تكون لهما قيمة، ولأنهما حينئذ بيعا بما[2] لا يعلم من أصناف العروض، ولا ثواب فى غير المسكوك من الذهب والفضة من التبر والسبائك، والنقار، والحلى المكسور.

وعنه: قال: يجوز التعويض عن[3] الحلى الصحيح للذهب فضة، وعن الورق ذهبًا.

قال ابن القاسم: إذا قال واهب الدنانير: أردت الثواب بالعين لا يقبل قوله؛ لكونه خلاف العادة، ولو كان الواهب يعتقد أنه وهبها للثواب إذا لم يره الناس، فإن الذى يقوم مقام الشرط العرف، لا الاعتقاد.

قال مالك: إلا أن يقوم على ذلك دليل.

فرع: فى الكتاب: إذا قدم غنى من سفره، فأهدى له جاره الفقير الفواكه ونحوها- فلا ثواب له، ولا له ردها، وإن كانت قائمة العين؛ لأن العادة أن هذا للمواصلة، وكذلك أحد الزوجين مع الآخر، والولد مع والده، والوالد مع ولده،

---

(١) فى ط: معينًا.
(٢) فى أ: لما.
(٣) فى ط: على

إلا أن يظهر القصد لذلك[1]: كهبة المرأة لزوجها الموسر جارية، أو الزوج أو الولد يفعل ذلك يستعر من أبيه.

قال ابن يونس: قيل: له أخذه ما لم تفت.

قال محمد: وأما القمح والشعير يوهب للثواب، ففيه الثواب، قاله[2] اللخمي.

قال ابن عبد الحكم: له الثواب فى الفاكهة للقادم، ونحوها، وما وهبه القادم لجيرانه فلا[3] ثواب فيه؛ لأنه العادة، والعادة فى هدية العرس والولائم: الثواب، غير أنهم يختلفون فى القيام، ومن علم أن مثله لا يطلب لم يكن له قيام، ولا لورثته إن مات، وإن كان مثله يطلب فله ولورثته، ومتى كانت العادة أن يثيب مثل الأول جاز؛ لشبهه بالقرض، وإن كان القصد أن يثاب أكثر، فسدت وردت.

فرع: قال اللخمى: إذا كان الحكم أن لا ثواب، فأثاب جهلًا، أو أثاب من صدقة:

قال مالك: يرجع فى ثوابه ما كان قائمًا؛ لعدم سببه، ولا شىء له إن فات؛ لأنه سلطه؛ كما قيل فى صرف الزكاة لغير المستحق.

قال ابن القاسم: إن أثابه دنانير فقال: أنا أنفقتها، أو هلكت - حلف، وبرئ، أو سلعة أخذها وإن نقصت، وكذلك إن زادت، إلا أن يعطيه قيمتها.

قال: وأرى أن يرجع فى عوض ثوابه قبل الفوت إذ يصون به ماله، ولا يصدق فى الدنانير، ولا غيرها مما يغاب عليه؛ كما لا يصدق إذا استحق من يده، وادعى التلف للتهمة، ويصدق فى الحيوان.

فرع: قال: ومتى قام دليل الثواب أو عدمه، صدق، وإن أشكل الأمر لم يكن له شىء؛ لأنه سلطه والأصل: عدم الاستحقاق، وعدم خروج الهبة إلى باب البيع، ومتى كانت من فقير لغنى، فالثواب، أو بالعكس فعدم الثواب؛ لأنه العادة، أو من غنى لغنى، فالثواب؛ لأن عادة الأغنياء المكافأة أو بين فقيرين فقولان؛ نظرًا للفقر[4]، أو لأن نسبة[5] الفقير للفقير كالغنى للغنى.

---

(١) فى أ: للمالك.
(٢) فى ط: قال.
(٣) فى ط: لا.
(٤) فى أ: للفقير.
(٥) فى ط: سنة.

قال أشهب: الهبة للغنى فيها الثواب، إلا أن يريد أن يسعى له فى حاجة؛ لأن السعى ثواب، ولا ثواب للسلطان ولا عليه.

وقال عبد الوهاب: إن كان الواهب فقيرًا فله الثواب؛ لأنه يرجو رفد السلطان، أو غنيًّا فلا ثواب؛ لأن الأغنياء يحاسبون ذبًّا عن أموالهم، إلا أن يكون طالبه بمظالم، فهاداه، ولم يتركه، أو قدم من السفر بتحف، فهاداه، فالعادة الثواب إلا أن يعلم أن المقصود الجاه.

قال عبد الوهاب: ولا فيما وهب للفقيه أو الصالح.

قال ابن شعبان: ولهما الثواب إن وهبا إلا أن يكونا فقيهين.

وفى هبة أحد الزوجين الآخر قولان فى الثواب، وكذلك الوالد مع الولد، وعلى القول بالثواب يصدق مدعيه، والأقارب يختلفون فى سقوط الثواب، وأقواهم الجد والجدة يهبان الولد، وليس كذلك هبته لهما.

فرع: فى الكتاب: ما وهبته لذوى رحمك وغلمانك للثواب، لك طلبه فإن أثابوك وإلا رجعت فيها، وأما هبتك لفقيرهم، فلا ثواب؛ لأن ذلك قرينة الصلة والصدقة، وكذلك هبة الغنى للفقير الأجنبى، أو فقير لفقير، ولا يصدق فى دعوى الثواب، ويصدق الفقير للغنى، والغنى للغنى، فإن أثيب، وإلا رجع فيها؛ لقول عمر - رضى الله عنه -: «من وهب هبة يرى أنه أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إلا أن يرضى منها»، فإن هلكت فله شرواها بعد أن يحلف بالله ما وهبتها إلا رجاء أن أثاب عليها».

فائدة: قال صاحب التنبيهات: شرواها - بفتح الشين، وسكون الراء - أصله: مثل الشيء، والمراد ههنا: القيمة؛ لأن القيمة مثل، ولذلك سميت قيمة؛ لأنها تقوم مقام المتقوم. قال: وتحليفه مذهب الكتاب؛ لهذا الأثر.

وقال ابن زرب: لا يمين عليه؛ لأن نيته أمر لا يعلم إلا من قبله.

وقال [أبو عمران][1]: إن أشكل الأمر حلف، وإن علم أنه أراد الثواب لا يحلف.

وفى الجلاب: ينظر للعرف، فإن كان مثله يطلب الثواب صدق مع يمينه، أو

(١) سقط فى أ.

لا يطلب الثواب صدق الموهوب مع يمينه، وإن أشكل صدق الواهب مع يمينه؛ لأن الأصل استصحاب الأملاك.

فرع: في الكتاب: إذا عوضك فلا رجوع لأحدكما؛ لاستقرار الأملاك.

فرع: قال: إذا وهبت عبدًا لرجلين فعوضك أحدهما عن[(١)] حصته، فلك الرجوع فى حصة الآخر إن لم يعوضك؛ كما لو بعته منهما ففلس أحدهما، فأنت أحق بنصيبه من الغرماء.

فرع: قال: إذا عوض أجنبى عنك بغير أمرك عرضًا، لم يرجع على الواهب، بل عليك بقيمته إن رئى أنه أراد ثوابًا منك؛ لأنه وهبك دونه، وإن عوض دنانير أو دراهم، لا يرجع عليك بشيء إلا أن يريد تسليفها[(٢)] لك؛ لأن النقدين لا ثواب فيهما إلا بالشرط.

قال التونسى: قال محمد: إن أثاب قبل تعيين الهبة ووجوب قيمتها، فهو فاسد، ويخير الموهوب بين رد الهبة على الواهب ويرجع للمثيب ما أعطى، وحبسها ودفع الأقل من قيمتها، أو ما أثابه الأجنبى له.

قال: وقول محمد: يرجع للمثيب قيمة عرضه أو قيمة الهبة، يخرجه عن هبة الثواب؛ لأن هبة الثواب فيها القيمة ليس إلا، فهى أقل غررًا؛ فكان الواجب أن يكون ذلك فاسدًا، ويرجع بقيمة ما دفع ليس إلا.

وظاهر كلام محمد: إجازة هذا الفعل؛ لأن جعل الأقل له إذا تمسك الموهوب بالهبة أولى، أو فاتت، ويلزم إذا تكفل عن رجل بدنانير، فصالح عن المكفول بعرض؛ فإنه لا يدرى هل ترجع إليه قيمته أو عينه، مع أن القاعدة تقتضى بطلان الفرعين؛ للجهالة.

قال ابن يونس: يريد فى الكتاب: أنه يرجع بقيمة العرض، أى: بالأقل من قيمته أو قيمة الهبة.

فرع: فى الكتاب: إذا تغيرت عند الموهوب فى بدنها بزيادة أو نقص، فليس لك ردها، ولا يفيتها حوالة الأسواق لخروجها[(٣)] عن العين الموهوبة؛ لأنها رغبات الناس.

---

(١) فى أ: من.
(٢) فى أ: لتسليفها.
(٣) فى ط: أو بخروجها.

قال صاحب المقدمات: فيما يلزم به القيمة للموهوب أربعة أقوال:
مجرد القبض فوت يوجبها، ولا يردها إلا بتراضيهما. قاله مالك.
وقال ابن القاسم: حوالة الأسواق فوت توجب القيمة.
ولا تفوت إلا بالزيادة دون النقصان لابن القاسم أيضًا.
وعنه: لا تفوت إلا بالنقصان دون الزيادة.
فالأول: قياسًا على البيع؛ لأن القيمة كالثمن.
والثاني: قياسًا على البيع الفاسد.
والثالث: لأن الزيادة توجب تعلق الحقين، بخلاف النقصان؛ لأنه حق لأحدهما.
والرابع: لأن النقص خلل فى العين فهى كالذاهبة، وهى مع الزيادة باقية فلا فوت.
واختلف فى أخذها بعد الفوت: هل يستغنى عن معرفة قيمتها؟ أو يحتاج؟ وهو الصحيح؛ إذ ليس له رد عينها إلا بتراضيهما عند ابن القاسم، وأخذ عينها بعد الفوت لا يحتاج إلى ذلك إن قلنا: له إثابة العروض بعد الفوت، وإلا احتاج؛ نفيًا للجهالة.
نظائر: قال ابن بشير - فى نظائره -: أربع مسائل لا تفيتها حوالة الأسواق: هبة الثواب، واختلاف المتبايعين، والسلعة التى هى ثمن العيب والكذب فى المرابحة، والبيع الفاسد فى الأصول، والمكيل والموزون.
فرع: قال صاحب المقدمات: ومتى تلزم الواهب القيمة إذا بذلت له، ولا يكون له ردها إذا لم يرض منها أربعة أقوال:
[الأول]: بمجرد[1] الهبة وإن لم تقبض؛ كالبيع، وهو القول بوجوب تسليمها قبل قبض القيمة.
والثانى: القبض وهو المشهور؛ لأنه سلطه على العين.
والثالث: التغير بزيادة أو نقصان؛ لانتقال العين إلى عين أخرى، كأنها هلكت.
والرابع: فوات العين بالكلية بهلاك، أو عتق، أو غيره.

(١) فى أ: مجرد.

فرع: قال: إذا قلنا: يلزم الواهب تسليم الهبة قبل قبض الثواب، فضمانها من الموهوب، ولا يجرى فيها الخلاف الذى فى المحبوسة بالثمن، والقيمة يوم الهبة لا يوم القبض اتفاقًا، فإن قلنا: لا، فيجرى الخلاف الذى فى المحبوسة بالثمن؛ لأنها محبوسة بالثواب والخلاف فى لزوم القيمة يوم الهبة، أو يوم القبض على الخلاف فى الضمان.

فرع: قال: للواهب الرجوع فى الهبة حتى يعطى قيمتها عند ابن القاسم، أو أكثر من قيمتها عند مطرف، وله[1] الرجوع وإن أعطى أكثر من القيمة وإن زادت أو نقصت؛ نظرًا لضعف العقد، وقياسًا على الوصية، فهى ثلاثة أقوال.

فرع: فى الكتاب: لا يعوض عن الحنطة حنطة، أو تمر أو مكيلا من الطعام، أو موزونًا إلا قبل التفرق؛ خشية النساء والتفاضل، إلا أن يعوضه مثل طعامه صفة وجنسًا ومقدارًا، فيجوز؛ لبعد التهمة، ولا يعوض دقيقًا من حنطة، ولا من جميع الحلى إلا عرضًا؛ حذرًا من الصرف المستأخر.

قال اللخمى: فيما يلزم بذله ثلاثة أقوال:

قال ابن القاسم: له أن يثيبه بأى صنف شاء إلا مثل الحطب والتبن؛ لأنه لا يتعاطاه الناس والمقصود حصول القيمة.

وقال سحنون: كل ما فيه قيمتها؛ لأنها المطلوبة.

وقال أشهب: لا يثيب إلا بأحد النقدين؛ لأنهما قيم الأشياء، ولا يجبر على قبول العروض، وإن وجد بالعرض أو العبد عيبًا:

قال ابن القاسم: لا يرد به؛ لأن المقصود أن يعوض أكثر مما خرج من يده، لا تحقيق عين المأخوذ.

وقال أشهب: يرد بما يرد به فى البيع؛ لأنه عوض القيمة.

قال: وينبغى أن يكون مقاله فى العيب الكثير، ولا يجبر على قبول ما يتأخر قبضه، كخدمة العبد، وسكنى الدار، بل النقد؛ لأنه قاعدة المعاوضة.

ولا يعوض آبقًا، ولا جنينًا، ولا ثمرًا لا يصلح للبيع؛ لأن هذه الهبة بيع،

---

(١) فى أ: أوله.

لا يجوز فى عوضها ما يمتنع فى البيع، ولا يعوض من جنس الهبة أكثر منها بعد الافتراق، ويمتنع من هذا ما يمتنع فى البيع؛ فلا يأخذ فى الطعام أكثر ولا أجود.

واختلف فى الأدنى صفة وكيلًا؛ لعدم التهمة.

وعن ابن القاسم: جواز الدقيق فى القمح؛ لأنه غير طعامه وإن رد جملة الدقيق الذى طحنه من القمح، جاز؛ لأنه يفضل بالطحن، وإن رد أقل، جاز؛ لأنه أمسك [أجود][1] الطحن، وتعويض الثمر أو القطنية قبل الافتراق يجوز، وأجازه بعد الافتراق إن كان الأول قائمًا. ورآه أخف من البيع لما كان له أن يرد الأول؛ فكأنه باع حينئذ.

وعن مالك: إجازة إثابة الفضة عن حلى الذهب وبالعكس، بخلاف البيع؛ لأنه باب مكارمة؛ كالقرض يجوز فيها النساء، وعلى هذا: يجوز أخذ الثمن عن الحنطة.

ومنع فى الكتاب أن يثاب على الثياب أكثر منها؛ سدًا لذريعة السلف بزيادة، ويجوز على قوله فى الحلى، ويجوز سكنى الدار وخدمة العبد إذا كانت الهبة قائمة؛ لأنه يصلح أن يكون ثمنًا، فإن فاتت منعه ابن القاسم؛ لما يدخله فسخ الدين فى الدين.

وأجازه أشهب؛ لأن هذه ليست فى الذمة فليست دينًا.

وتجوز إثابة الدين قبل فوتها، وبعد فوتها، إن كان من جنس القيمة، وبمثلها فى القدر فأقل، ويمتنع الأكثر؛ حذرًا من فسخ الدين فى الدين والسلف بزيادة، وفى النقدين الصرف المستأخر.

فرع: فى الكتاب: إذا وجد الموهوب بالهبة عيبًا، ردها وأخذ العوض؛ كالبيع. أو الواهب بالعوض عيبًا فادحًا لا يتعاوض بمثله: كالجذام، والبرص – رده وأخذ الهبة، إلا أن يعوضه، وإن لم يكن فادحًا نظر إلى قيمته بالعيب: فإن كان قيمة الهبة فأكثر لم يجب له غيره؛ لأن المطلوب القيمة، أو دون قيمتها أتم له[2]، فإن امتنع الواهب رد العوض.

قال صاحب النكت: إذا عوض فيها بعد فوتها عرضًا، فوجده معيبًا – لا يقال:

---

(١) سقط فى أ.

(٢) زاد فى ط: القيمة.

هو كالبيع يرده بالعيب اليسير؛ لتقرر القيمة فى الذمة، وإلا لما عوض إلا أحد النقدين، بل هى كغير الفائتة.

فرع: فى الكتاب: فوات الهبة عند الموهوب يوجب عليه قيمتها، والفوت فى العروض والحيوان: خروجها عن يده، وحدوث العيوب، والهلاك، وتغير البدن، والعتق، وولادة الأمة عند الموهوب وجنايتها؛ لأنه نقص، وزوال بياض بعينها؛ لأنه نماء، وذهاب الصمم، والهدم، والبناء، والغرس. وليس له قلع البناء، والغرس، ويرد؛ لتقرير الفوت، وفيه ضياع المالية، والبيع الحرام؛ لأنه بإحالتها عن حالها حيث أحالها رضى بثوابها، وصبغ الثوب، وقطعه، والتدبير، والكتابة، وهبة العبد، والصدقة به، إلا أن يكون معسرًا فيرد؛ كما لو فعل ذلك المدين.

ولو قلد البدنة، وأشعرها، ولا مال له - فللواهب أخذها، وكذلك لو اشترى منك شراء فاسدًا، بيعت عليه فى الثمن، ولو باعها ثم اشتراها، فذلك فوت وإن لم تحل؛ لتقرره بالبيع، وإن باع نصف الدار غرم القيمة فإن أبى خير الواهب بين أخذ نصف الدار وأخذ نصف قيمتها، أو قيمة جميعها.

وإن باع أحد العبدين وهو وجه الصفقة، لزمته قيمتها، وإلا غرم قيمته يوم قبضه، ورد الثانى؛ لعدم الضرر بعدم ذهاب الأجود، وإن أثابه من أحدهما ورد عليه الآخر، فللواهب أخذهما، إلا أن يثيبه عنهما جميعًا؛ نفيًا لتفريق الصفقة.

قال ابن يونس: قال مالك: الحرث فوت، وفى حوالة الأسواق قولان.

وقال ابن القاسم: إذا أعتق العبد، أو قلد البدنة، وأشعرها معدمًا - فللواهب ردها إلا أن يكون يوم فعل ذلك مليًا، أو أيسر بعد ذلك.

ولم يجعل مالك البيع الفاسد فوتًا؛ لعدم اعتباره شرعًا، فهو كالمعدوم جنسًا[١]، وجعله غيره؛ لأنه يترتب عليه الفوت.

وقيل: إذا باع نصف الدار، لزمه قيمة جميعها يوم البيع، ولو كانت عرصة لا يضيق ما بقى منها، لكان عليه قيمة المبيع منها يوم الهبة ويرد الباقى.

وقول ابن القاسم أحسن، إلا أن يكون المبيع لا ضرر فيه.

وقال أشهب فى العبدين: له رد الباقى، كان أرفع أو أدنى؛ لأنه كان له ردهما.

---

(١) فى ط: حسًا.

قال ابن القاسم: لو حال سوقهما حتى صار أحدهما يساوى قيمتها، فأثابه إياه لا يلزمه قبوله؛ لأنه بعض هبته.

ووطء الأمة فوت، فإن فلس فللواهب أخذها؛ قياسًا على البيع، إلا أن يعطيه الغرماء قيمتها يوم الهبة.

قال عبد الملك: إذا غاب عليها لزمته، وطئها أم لا، تغيرت أم لا؛ لأن الغيبة مظنة الوطء.

وقال أشهب: إن جنى خطأ ففداه مكانه قبل أن يفوت بشىء فليس بفوت.

وجعله ابن القاسم فوتًا مطلقا.

قال اللخمى: فيما يفيت أربعة أقوال:

يفيتها تغير البدن قولًا واحدًا، بخلاف حوالة الأسواق، قاله فى الكتاب.

وفى كتاب ابن حبيب: تغير البدن بزيادة أو نقص ليس فوتًا.

وقال أشهب: تغير السوق والبدن سواء، المقال للواهب فى النقص، ويخير الواهب بين أخذها ناقصة وإلزام القيمة للموهوب، أو بزيادة والمقال للموهوب، ويخير بين الإثابة والرد، كانت الزيادة من فعله أم لا؛ لأنها حقه، وإن اجتمع زيادة، ونقص، لم يرد إلا باجتماعهما؛ لتعارض السببين.

وقال ابن القاسم: الدور والأرضون فوتها فى الهبة كفوت البيع الفاسد بالهدم، والبناء، والخروج عن اليد.

وعلى قول أشهب: يفيتها ما يفيت العبد والثوب.

وفى كتاب محمد: يرد مثل الطعام كيلًا أو وزنًا.

قال: وهذا يحسن إذا كان فوته بغير سببه، أما إن أكله أو باعه فهو رضا بالثواب؛ فيلزمه، ويمنع رد المثل.

وخالف أشهب ابن القاسم فى صبغ الثوب: إن زاد فالمقال للموهوب، ويرد إن شاء، أو نقص فالمقال للواهب، له أخذه بنقصه إلا أن يثيبه رضاه.

وإذا ولدت الأمة من غير الموهوب، فاتت؛ لأن الولادة نقص، والولد زيادة. قاله محمد.

والقياس: إن كان فى الولد ما يجبر الولادة – أن له الرد ولو كره الواهب؛ لعدم الضرر، وقياسًا على البيع يطلع على العيب فيه بعد الولادة.

وحلب الشاة ليس رضا بالضمان.

قال سحنون: إن جز صوفها لزمته؛ لأنه نقص.

ويرد عند ابن القاسم، ويثيب عن الصوف، كسلعتين فاتت أدناهما.

وخالف أشهب فى كون الغرس والبناء فوتًا.

ويرد الأصول دون الثمرة إن جدها، وبثمرها إن لم تطب، فإن طابت أو يبست ولم تجد فخلاف.

وإن كاتبه وهو معسر - وقيمته مكاتبًا وغير مكاتب سواء - مضت الكتابة، وبيع فى الثواب على أنه مكاتب، وإن كانت الكتابة أقل، ردت الكتابة إن قلنا: إنها من باب العتق، ولا ترد إن قلنا: هى من ناحية البيع؛ إذ[1] لم يحل به فيها.

وقال محمد: إن أراد التخفيف للعتق ردت، وإن أراد التجارة وطلب الفضل فهو بيع يرد، والواهب أحق به من الغرماء إن فلس، وهو على كتابته، فإن مات ورثه، وإن عجز فهو له رقيق، أو أدى فهو حر، وولاؤه لعاقد كتابته، وهو يصح على أن الفلس نقض بيع، فإن لم يجعل له إلا ما بقى من الكتابة، والماضى للموهوب، فله الغلة. وخالف أصبغ فى الثوبين يريد الإثابة عن أحدهما، فجوزه كهبتين، والمشهور أحسن.

ولو كانا فى بيع خيار، منع قبول أحدهما.

ولو حالت فى نفسها، أو حال سوقها، ثم عاد ذلك، كان له الرد بخلاف من باعها ثم اشتراها؛ لأن البيع من فعله، فيعد رضا بالإثابة، ولو باع فى البيع الفاسد ثم اشترى ردت، ولو حال سوقه ثم عاد لم يرد، وعكس الهبة.

والفرق: أنها حق لآدمى، فينظر هل فعل ما يعد رضا أم لا، والبيع الفاسد حق لله - تعالى - لا يعتبر رضاه فيه، وإنما يعتبر ضرر أحدهما، فإذا عادت بالشراء فلا ضرر، وإذا حال السوق تغيرت الهبة.

فرع: قال اللخمى: اختلف فى الوقت الذى يضمن فيه الهبة: فقال مالك: يوم وهبت؛ لأن العقد ناقل للملك[2] والضمان.

---

(١) فى أ: إذا.

(٢) فى ط: للمالك.

وعنه: يوم القبض؛ لأنه كان فى قبضها بالخيار [كبيع الخيار][(١)].

وهذا الخلاف على القول إن للواهب حبسها حتى يثاب؛ لأنها محبوسة بالثمن، فإن دخل هذان على حبسها فهى على القولين فى المحبوسة بالثمن.

وإن دخلا على التسليم فالقيمة يوم الهبة؛ لانتقالها بنفس العقد، وهى حينئذ وديعة، وإلحاقها ببيع الخيار غير متجه؛ لأن بيع الخيار لا ينقل على المذهب حتى يمضى، بخلاف الهبة، وكذلك المصيبة فى الخيار من البائع، وفى الهبة من الموهوب قبل القبض وبعده.

فرع: قال: ورثة كل واحد من الواهب والموهوب يقومون مقامه فيما كان له.

فرع: قال: إن فلس وهى قائمة، فللغرماء تسليمها، وأخذ الثواب، وإن فاتت خيروا بين تمكين الموهوب من الثواب، أو يمنعوه، ويخير الواهب بين أخذها وتسليمها، ويضرب مع الغرماء بالقيمة.

وإن ماتت وهى قائمة فللغرماء تسليمها، أو يثيبون عنها وتباع لهم، فإن فاتت ضرب مع الغرماء بقيمتها، ولم يكن له أخذها.

فرع: قال: عيبها واستحقاقها كالبيع، فترد بعيوب البيع، وإذا ردت أو استحقت رجع فى الثواب، فإن فات ففى قيمته يوم قبضه، أو مثله إن كان مثليًا، وهو أصل مالك، وابن القاسم، وأشهب، إلا فى وجه واحد وهو أن يثيب عوضًا بعد فواتها.

فعند أشهب: عدم الرجوع وإن كان قائمًا؛ لأن الثواب عنده إنما يجب من العين، وإنما أخذ العوض من القيمة دون الهبة، وإذا ردها[(٢)] رجع بقيمتها؛ لأنها ثمن العوض[(٣)].

قال العبدى فى - نظائره -: المستحق للهبة ثلاثة: أقسام؛ لأن الواهب إن كان مشتريًا رجع على الموهوب، وإن كان غاصبًا رجع على الواهب أولًا عند ابن القاسم، وعلى الموهوب إن عدم الواهب، هذا إذا لم يعلم الموهوب بالغصب، فإن علم رجع على أيهما شاء.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: فإذا.
(٣) فى أ: العرض.

واختلف فى الوارث:

فقيل: كالمشترى.

وقيل: كالغاصب.

فرع: فى الكتاب: إذا وهب لغير ثواب ولم يقبض، فادعيت أنك اشتريتها منه - صدقت؛ لقوة المعاوضة؛ كمن حبس على ولده الصغير ومات عليه دين، لا يثبت الحبس إلا أن يثبت تقدمه على الدين.

قال ابن يونس: قال سحنون: البينة على أهل الدين، والأولاد أولى بالحبس، سواء كانوا صغارًا أو كبارًا، إذا حازوا أو حاز الأب للصغير، وقاله ابن القاسم فى الكبار إذا حازوا، وأما الصغار فالبينة عليهم أن الحوز قبل الدين؛ لأن شرط الحبس لم يتعين، بخلاف الكبار: أيديهم ظاهرة فى استحقاقهم لما حازوه.

وقال ابن حبيب: إن كان الدين مؤرخًا، فمالك وأصحابه يقولون: الدين أولى؛ لقوته بالتاريخ، وسوى المغيرة بين المؤرخ وغيره، حتى يعلم أن التاريخ متقدم على العطية.

فرع: قال ابن يونس: إذا تصدق على ولده الصغير وأشهد ثم مات، فادعى الورثة عدم الحوز - فعليهم البينة؛ لأن ظاهر حال الأب يقتضى تحصيل مصلحة ولده بالحوز، وذلك إذا [كان][1] أخلى الدار من سكنها.

قال: فإن جهل أنه كان سكنها[2] حملت على عدم السكنى حتى يثبت؛ لأن الأصل عدم سكناه، فإن عرفت قبل الصدقة سكناه فعلى الصغار البينة أنه أخلاها؛ لأن الأصل عدم الخروج منها، لو تصدق على كبير فعليه البينة بالحوز فى الصحة؛ لأن الأصل عدمه. وإذا وجدت العطية بيد المعطى، وقال: حزتها قبل الموت، وقال الورثة: بعد الموت - صدق المعطَى، وكذلك الرهن يوجد بيد المرتهن بعد الموت والفلس؛ لأن الظاهر أن وضع اليد من المسلم بوضع شرعى؛ كما إذا تنازعا فى صحة البيع وفساده، صدق مدعى الصحة.

وقال عبد الملك: عليه البينة بالحوز فى الحياة؛ لأن الأصل استصحاب ملك مورثهم، وكذلك فى الفلس.

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: يسكنها.

فرع: قال: إذا أنكر الموهوب الإثابة، صدق الواهب مع يمينه؛ كالثمن فى البيع، وكذلك لو قام بعد أربعة أشهر.

فرع: قال: جوز مالك الصدقة بماله كله؛ لأن الصديق - رضى الله عنه - فعله، وقال سحنون: إن لم يبق كفايته رددت صدقته؛ لقوله - عليه السلام -: «لَا صَدَقَةَ إِلَّا عَنْ ظَهْرِ غِنًى، وَابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ»(١).

فرع: كره مالك والأئمة هبة ماله كله لأحد بنيه، ولم يقل فى الرد شيئًا؛ لقوله - عليه السلام - فى حديث: قال النعمان بن بشير: إن أمه سألت أباه بعض الموهبة من ماله لابنها، فالتوى عليها بها سنة، ثم بدا له، فقالت: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ على ما وهبت لابنى، فأخذ أبى بيدى وأنا يومئذ غلام، فأتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، إن أم هذا أعجبها أن أشهدك على الذى وهبت لابنها.

فقال عليه السلام: «يَا بَشِيرُ أَلَكَ وَلَدٌ سِوَى هَذَا»؟ قال: نعم.

قال: «كُلُّهُمْ وَهَبْتَ لَهُ مِثْلَ هَذَا؟» قال: لا. قال: «لَا أَشْهَدُ إِذَنْ؛ فَإِنِّى لَا أَشْهَدُ عَلَى جَوْرٍ»(٢).

وفى الموطأ: فارتجعه(٣).

وروى: «أَشْهِدْ عَلَى هَذَا غَيْرِى»(٤).

ثم قال من طريق آخر: «أَيَسُرُّكَ أَنْ يَكُونُوا فِى الْبِرِّ لَكَ سَوَاءً»؟ قال: بلى. قال: «فَلَا إِذَنْ»(٥).

وفى طريق: «اتَّقُوا اللهَ وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ»، فرجع، فرد تلك الصدقة(٦).

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ٢٥٨) فى الهبة: باب لا يشهد على شهادة جور (٢٥٦٠)، ومسلم (٣/ ١٢٤٣) فى الهبات: باب كراهة تفضيل بعض الأولاد (١٦/ ١٦٢٣).

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٧٥٢) (٣٩) والبخارى (٥/ ٢١١) فى الهبة: باب الهبة للولد (٢٥٨٦)، ومسلم (٣/ ١٢٤١ - ١٢٤٢) فى الهبات: باب كراهة تفضيل بعض الأولاد (٩/ ١٦٢٣).

(٤) أخرجه مسلم (١٧/ ١٦٢٣).

(٥) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٤٣-١٢٤٤) فى الهبات: باب كراهة تفضيل بعض الأولاد (١٧/ ١٦٢٣).

(٦) أخرجه البخارى (٥/ ٢١١) فى الهبة: باب الإشهاد فى الهبة (٢٥٨٧)، ومسلم (٣/ ١٢٤٢ - ١٢٤٣) فى الهبات: باب كراهة تفضيل بعض الأولاد (١٣/ ١٦٢٣).

وفى طريق أنه - عليه السلام - أمره بردها[١].

قال ابن القاسم: تكره ولا ترد؛ لقوله - عليه السلام -: «أَشْهِدْ غَيْرِى». وهو عليه السلام لا يأمر بالإشهاد على الباطل، إلا أن يتبين أنه فرار من فرائض الله، تعالى.

وقال أصبغ: إن حيز عنه نفذ، وإن قصد الفرار؛ لأنه ملكه يتصرف فيه ما لم يحجر عليه.

قال أبو محمد: معنى الحديث: أنه نحل ماله كله، أما البعض فجائز؛ كفعل الصديق[٢] لعائشة - رضى الله عنها - وقاله عمر وعثمان رضى الله عنهما.

قال صاحب الاستذكار: كره مالك والأئمة تفضيل بعض الولد.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا تصدق على امرأته فأثابته بوضع صداقها فلا ثواب فى الصدقة، غير أن الصداق يسقط، والصدقة لها إن حيزت.

نظائر: قال العبدى: يرجع الإنسان فى ماله حالة قيامه دون ثوابه إذا غلط فى أربع مسائل:

من أثاب من صدقة ظنًّا منه أنه يلزمه.

والأخذ من طعام الحرب ثم يرده.

والمشترى لرجل جارية فيقول: قامت علىّ بدون ما قامت عليه به، ثم يظهر له الغلط.

والبائع ثوبًا بعشرة، فيعطى أعلى منه فى القيمة غلطًا.

واختلف فى بائع الجارية مرابحة للعشرة أحد عشر، وقال: قامت على بكذا ثم يظهر أنه أكثر - فقيل: يرجع فى الحالين ههنا.

فرع: قال: سئل محمد: الصدقة أفضل أم العتق؟ فقال: ذلك على قدر سد حاجة المعطى.

وقال: قال مالك: الحج أفضل من الغزو؛ لأنه فرض عين فيفضل فرض الكفاية، إلا أن يكون خوفٌ، والحج أفضل من الصدقة، إلا أن تكون سنة مجاعة،

---

(١) أخرجه مسلم (١٠/١٦٢٣).

(٢) زاد فى ط: ذلك.

والصدقة أفضل من العتق.

قيل له: فالصدقة بالدراهم أو إطعام الطعام؟

قال: كل حسن. وقد تقدم أول هذا الباب من هذا المعنى وتقريره.

فرع: قال: لا بأس بقبضك العطية من الخليفة، وأكرهه من الناس بعضهم لبعض؛ لأنه مهانة، وما جعل فى السبيل من العلف والطعام لا يأخذ منه إلا أهل الحاجة، وما جعل فى المسجد من الماء فليشرب منه كل أحد؛ لأن المقصد به عموم الناس، ولا مهانة فيه، وأكره للمحتاج الخروج للحج أو الغزو، ويسأل الناس؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَتَزَوَّدُوا فَإِنَّ خَيْرَ الزَّادِ التَّقْوَىٰ﴾ [البقرة: ١٩٧] نزلت فى هؤلاء، أى خير الزاد ما وقاكم السؤال والسرقة، وليس المراد: التقوى المعهودة.

فرع: قال: قال مالك: لا بأس بشراء كسر السؤال؛ لقوله - عليه السلام - فى حديث بريرة: «هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ»[(١)].

فرع: قال مالك: إذا وهب شقصًا من داره[(٢)] على عوض سمياه[(٣)] أم لا، لا يؤخذ بالشفعة حتى يثاب؛ لعدم تحقق المعاوضة قبل ذلك.

قال صاحب التنبيهات له فى كتاب الشفعة: إذا سميا الثواب فله الأخذ بالشفعة؛ لكمال صورة البيع.

قال سحنون: هو خلاف؛ لكونها لا تلزم بالقبول كالبيع.

وقيل: وفاق.

قال: وهو أظهر.

ومعنى مسألة الشفعة: أنه عين الثواب الذى يبذله، فقبله الواهب؛ لأنه بيع لم يبق فيه خيار، وههنا لم يعين الثواب.

ومعنى «سمياه»، أى: ذكرا لفظ العوض، ولم يعيناه[(٤)] ولا نوعه. قاله أبو عمران.

---

(١) أخرجه البخارى (٢٥٧٨)، ومسلم (٩/١٥٠٤).

(٢) فى أ: دار.

(٣) فى أ: سماه.

(٤) فى أ: بعينه.

وقيل: مسألة الشفعة رضى الموهوب بدفع الثواب، وههنا لم يلزمه.

قال عبد الحق: يريد: لا يأخذ الشفيع إن فاتت حتى يقضى بالقيمة.

قال التونسى: لا يأخذ بالشفعة إلا بعد أن يثيب الموهوب، فإن أثابه قبل فوتها أكثر من قيمتها لم يأخذ إلا بذلك عند ابن القاسم وأشهب، فإن أثابه بعد فوات الهبة أكثر من قيمتها:

قال ابن القاسم: لا يأخذ إلا بذلك؛ لأن الناس لا يهبون إلا ليأخذوا أكثر.

وقال أشهب: يأخذ بقيمة الهبة؛ لأنها الواجب عند الفوت، والزائد حينئذ هبة لا تلزم الشفيع. قال: ويلزم أشهب هذا قبل الفوت؛ لقدرته على الاقتصار، وإنما يصح قوله على القول بأن له التمسك بهبته بعد دفع القيمة حتى يرضى منها.

فرع: فى الكتاب: إذا أخذ السيد الهبة من العبد، فهى عليه، بقيمتها[1] فى ماله؛ لأن السيد أقرها كالبيع، والقيمة كالثمن.

قال ابن يونس: إن لم يقبلها السيد وهى بحالها، لم توطأ إن كانت أمة، ولا نقصت: خير السيد بين ردها ودفع قيمتها يوم الهبة من مال نفسه، وإن وطئها السيد أو نقصت، لزم العبد قيمتها من ماله.

فرع: فى الكتاب: للأب أن يهب من مال ابنه الصغير للثواب، ويعوض عنها ما وهب للثواب؛ لأنه تنمية ماله.

قال ابن يونس: فإن وهب من ماله، أو تصدق لغير ثواب، أو فى بيع - رد ذلك كله؛ لأن ماله معصوم، بخلاف عتقه عبده: إن كان مليئًا مضى العتق، وغرم القيمة له، أو عديمًا رد لتشوف الشرع لمصلحة العتق.

فرع: فى النكت: إذا أعتق العبد ولا مال له، رد للواهب، وإن كان لو بيع فى ثمنه فضل عن القيمة؛ لأن عسره يصير الهبة قائمة لم تفت.

فرع: قال عبد الملك: إذا وهب العبد[2]، فأعتقه، فاتبعته الهبة كماله، ثم استحق بحرية أو ملك - لم ترجع العطية. ولو أعتقه قبل العطية ثم أعطاه، ثم استحق بحرية أو ملك - أخذ العطية؛ لأنه ظنه مولى له[3] فأعطاه لذلك.

---

(١) فى أ: فقيمتها.
(٢) فى ط: لعبده.
(٣) فى أ: مولاه.

وقال مطرف: ليس له أخذ ذلك؛ لأنه ملك تقرر.

فرع: فى التنبيهات: إن أسكنها[١] سنين مسماة على أن عليه مرمتها، فهو كراء مجهول، أو أعطاه رقبتها على أن ينفق عليه فهو بيع فاسد، والغلة للمعطى بالضمان، وترد لربها، ويتبعه بما أنفق عليه.

فرع: قال الأبهرى: إذا تصدق على ولده بعبد، فأعتقه، وعوضه غيره مثله أو أدنى - جاز إن كان فى ولايته؛ لشبهة الولاية وشبهته فى ماله، فإن كان كبيرًا امتنع، ويمتنع ذلك من الوصى؛ لعدم الشبهة فى المال.

وإن تصدق بغنم عليه، ثم تصدق بها على غيره، صح؛ لأنه اعتصار.

فرع: قال: لا يلزمك ما نحلت امرأتك عند الخلوة؛ لأن العادة: أن ذلك يقال لتوطئة النفوس لا لتحقق العطاء.

فرع: قال: إذا أعطيت ابنتك لرجل يكفلها لا تأخذها عند البلوغ؛ لأن ذلك ليس من مكارم الأخلاق، إلا أن ترى إساءة تضر بها، ونكاحها للذى وهبت له إن كنت جعلت ذلك بيده، ودعا إلى سداد، وإن دفعتها إلى غير ذى محرم امتنع؛ لامتناع خلوته بها، وإذا مت فهو يزوجها لكن برضاها.

فرع: قال: إذا تصدقت على ابنها بجارية على ألا يبيع، ولا تخرج [من يده][٢] ليكون لها تسلمها، أبطله ابن القاسم؛ للحجر المنافى لمقتضى العقد.

وأجازه أشهب مع الشرط؛ توفية بالشرط.

فرع: قال صاحب الاستذكار: صدقة الحى عن الميت جائزة نافذة إجماعًا.

وفى الموطأ: قيل[٣] يا رسول الله: إن أمى افتلتت نفسها، وأراها لو تكلمت تصدقت، أفأتصدق عنها؟ فقال عليه السلام: «نَعَمْ»[٤].

فائدة: افتلتت نفسها: اختلست، ماتت فجأة من مجاز التشبيه، كأن الذى يطول مرضه وطأ نفسه على الموت؛ فكأنه دفع نفسه باختياره.

فرع: قال: قال مالك، و (ش)، و (ح): إذا رجعت الصدقة بالميراث فحسن؛

---

(١) فى ط: استهلك.
(٢) فى ط: عنه.
(٣) فى ط: قال.
(٤) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٧٦٠) (٥٣) عن عائشة.

لما في الموطأ: أن رجلًا تصدق على أبويه بصدقة فهلكا فورثهما فقال له عليه السلام: «أُجِرْتَ فِي صَدَقَتِكَ وَخُذْهَا بِمِيرَاثِكَ»[1].

نظائر: قال أبو عمران: خمس مسائل تترتب على الميراث:

لا ترجع الهبة إلا بالميراث.

ومن حلف بعتق عبده: ليفعلن كذا، فباعه - فإن اليمين ترجع عليه إذا ملكه إلا بالميراث، ويختلف إذا باعه السلطان لفلسه[2].

ويكمل عتق القريب إذا ملك بعضه إلا في الميراث.

ولا يشفع فيما باع إلا في الميراث، بأن يموت الشفيع، فيرثه البائع، فيأخذ من المشترى بالشفعة؛ لأنه رضى بالبيع له، ولم يرض بشركته.

ولا ينقض البائع بيعه إلا في الميراث، فله حل فعل نفسه.

فرع: قال الأبهري: قال مالك: إذا تصدق بقلوصِهِ في سبيل الله ثم وقعت الهدنة، فتصدق بها على أيتام - جاز؛ لأن الجميع سبيل الله، وبئس ما صنع لو وضعها في غير ما جعلت له.

فرع: قال: قال مالك: إذا تصدق بعبد اشتراه، فظهر حرًّا - فله الثمن؛ لأنه لم يتصدق بالثمن، بل بالعبد وقد بطل الملك فيه.

فرع: قال: قال مالك: إذا تصدق على ولده، فاعتقد الذكور: أن صيغة الولد لا تتناول الإناث، فاغتلوا زمانًا، ثم تبين اندراجهن - أخذن حقهن في المستقبل؛ لتناول الاسم لهن دون الماضي؛ لأن إخوتهن أخذوه بالتأويل.

وقال ابن القاسم، وأشهب: يرجعن بالماضي؛ لثبوت الاستحقاق فيه.

فرع: قال: قال مالك: إذا تصدقت على غائب، وبعثت بها إليه، وأشهدت على ذلك، ثم مات قبل الوصول - نفذت؛ لوجوبها بالإشهاد.

فرع: قال صاحب المنتقى: الهبة، والصدقة، والحبس متى كانت على وجه اليمين، لمعين أم لا - لا يقضى بها اتفاقًا؛ لأنه لم يقصد بها البر، بل اللجاج، ودفع المحلوف عليه، وعلى غير اليمين: يقضى بها، قاله ابن القاسم.

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٧٦٠) (٥٤).

(٢) في ط: لنفسه

وقال أشهب: إلا أن يكون على معين؛ فإن الحق له حتى يطلبه.

فرع: قال: إذا ادعى هبة فى غير الذمة، فظاهر المذهب: عدم تحليف المدعى عليه بمجرد الدعوى؛ لضعف السبب.

وفى الجلاب: عليه اليمين، فإن أبى حلف الآخر، وأخذها، وإن كانت فى ذمة الموهوب؛ كالدين يدعى الإبراء منه، فيحلف أنه ما وهبه له.

قال: وعندى تفصيل: إن كانت فى يد الواهب فلا يحلف، أو بيد الموهوب؛ لا ينتزعها الواهب إلا بعد حلفه.

قال شارح الجلاب: المسألة تتخرج على الخلاف فى اليمين بدون خلطة، فإن قلنا: تحل[1]، حلف، وإلا فلا.

ويحتمل قول شارح الجلاب: حلف وبرئ إذا ثبتت بينهما خلطة، أو يرى: أن الخلطة إنما تشترط فيما يتعلق بالذمة دون المعينات.

* * *

(١) فى ط: تجب.

كتاب العدة

قال ابن يونس: إذا سألك أن تهب له دينارًا فقلت: نعم، ثم بدا لك:

قال مالك: لا يلزمك.

ولو كان افتراق الغرماء على وعد وإشهاد، لزمك؛ لإبطالك مغرمًا بالتأخير.

قال سحنون: الذى يلزم من العدة:

اهدم دارك، وأنا أسلفك، أو اخرج إلى الحج، أو اشتر سلعة كذا، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك؛ لأنك أدخلته بوعدك فى ذلك، أما مجرد الوعد فلا يلزم، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق.

وقال أصبغ: إذا قال لك: أريد أن أتزوج فأسلفنى، فقلت: نعم - يقضى عليك، تزوج أم لا، وكذلك: أعرنى دابتك إلى موضع كذا لحاجة سماها، أو: أسلفنى كذا؛ لأشترى سلعة، فقلت: نعم - لزمك، تسبب[1] فى ذلك أم لا، وكذلك لو سألك فى دين تعطيه لغرمائه، فقلت: نعم، قضى بذلك عمر بن عبد العزيز.

والذى لا يلزم: أن يقول: أسلفنى كذا أو: أعرنى كذا من غير ذكر سبب، فإذا قلت: نعم، لا يلزمك.

وإذا وعدت غريمك بتأخير الدين، لزمك، سواء قلت: أؤخرك، أو أخرتك.

وإذا أسلفته، أخرته مدة تصلح لذلك، وليس لك أن تأخذه منه فى المجلس.

قال مالك: إذا قلت للمشترى: بع ولا نقصان عليك، لزمك، ويصدق فيما يشبه مع يمينه، إن كان ذلك بعد البيع، فإن اشترطه فى أصل العقد:

قال مالك: ليس بيعًا، فإن باع، فله أجرته؛ لأنها إجارة، فإن أدرك قبل الفوت فسخ، فإن فات المبيع فمصيبته من البائع، وإن أعتقه المشترى نفذ عتقه بالقيمة، أو أحبلها فهى أم ولد ومضى البيع بالقيمة؛ لأنها موضع خلاف فهو شبهة.

وقد قال عبد العزيز بن أبى سلمة وغيره: موت العبد مصيبته من المبتاع.

قال ابن القاسم: إذا وطئها، حبلت أم لا، أو أعتقها، أو وهب، أو تصدق - فهى عليه بالثمن؛ لأن ذلك منه رضا بالثمن، وهو القياس؛ لأنى إن جعلته أجيرًا

---

(١) فى أ: نشب.

امتنع بيعه وهبته، ولا تكون أم ولد ويحد، فإن كان الشرط بعد عقد البيع، فأبق العبد أو مات:

قال ابن القاسم: يوضع عن المشترى.

وقيل: لا.

أما ذهاب الثوب فلا يصدق فيه إلا ببينة، ويحرم وطء المشترى إذا رضى بهذا الشرط.

قال ابن القاسم: إذا قال بعد العقد وقبل النقد: بع ولا نقصان عليك، وانقد، امتنع؛ لأنه قيمة عيوب وخصومات لا تقابل بالأعواض.

ويجوز بعد النقد، فإن وجد الطعام مسوسًا، فسخطه، فقلت: بع ولا نقصان عليك، فحمله فى سفينته، فغرقت - فهو من البائع، وللمشترى أجرته.

وقال أشهب: إذا كان كرمًا، فخفت الوضيعة فقلت: بع وأنا أرضيك:

إن باع برأس المال فأكثر فلا شىء له، أو بنقصان فعليك أن ترضيه. فإن زعم أنه أراد شيئًا سماه فهو ما أراد، وإن لم يكن شيئًا أرضاه بما شاء، وحلف: ما أراد أكثر منه يوم قال ذلك.

وقال ابن وهب: يرضيه بما بينه وبين السلعة، والوضيعة فيما يشبه الوضيعة فى ثمن تلك السلعة.

قال صاحب البيان: إذا قال: أعرنى دابتك إلى موضع كذا، وسمى الحاجة - يحكم عليك بالوفاء، وكذلك أخرتك[1] بالدين، وأؤخرك به، وكذلك قوله: لك أن تسلفنى كذا لأتزوج فلانة، سمى أجلا للسلف أم لا.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: متى أدخلته بوعدك فى لازم، لزمك الوفاء، نحو: زوج ابنتك من فلان والصداق علىّ، أو احلف أنك ما شتمتنى ولك كذا، فحلف.

تمهيد: قال الله - تعالى -: ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُوا۟ مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾[الصف: ٣] والوعد إذا أخلف، قيل[2]: لم يفعل.

---

(١) فى ط: وخرتك.

(٢) فى ط: قول.

وقال عليه السلام: «عَلَامَاتُ الْمُنَافِقِ: إِذَا أُؤْتُمِنَ خَانَ، وَإِذَا حَدَّثَ كَذَبَ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ»(١) فذكره في سياق الذم دليل التحريم.

ويروى: قال - عليه السلام -: «وَأْيُ الْمُؤْمِنِ وَاجِبٌ».

وهذه الأدلة تقتضى وجوب الوفاء مطلقًا.

وفى الموطأ: قال رجل له - عليه السلام -: أكذب لامرأتى؟ فقال عليه السلام: «لَا خَيْرَ فِي الْكَذِبِ» فقال يا رسول الله: فأعدها وأقول لها؟ فقال - عليه السلام -: «لَا جُنَاحَ عَلَيْكَ»(٢).

فمنعه من الكذب المتعلق بالمستقبل؛ فإن رضا النساء إنما يحصل به، ونفى الجناح عن الوعد، وهو يدل على أمرين:

أحدهما: أن إخلاف الوعد لا يسمى كذبًا؛ لجعله قسيم الكذب.

وثانيهما: أن إخلاف الوعد لا حرج فيه.

ولو كان المقصود الوعد الذى يفى به، لما احتاج للسؤال عنه، ولما ذكره مقرونًا بالكذب.

ولأن قصده إصلاح حال امرأته بما لا يفعل، فتخيل الحرج فى ذلك فاستأذن عليه.

وفى أبى داود: قال - عليه السلام -: «إِذَا وَعَدَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ وِمِنْ نِيَّتِهِ أَنْ يَفِيَ فَلَمْ يَفِ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ»(٣).

فهذه الأدلة تقتضى عدم وجوب الوفاء بالوعد مطلقًا، عكس الأدلة الأولى.

ووجه الجمع: أن يحمل اللزوم على ما إذا أدخله فى سبب ملزم بوعده، كما قال سحنون، وابن القاسم، أو وعده مقرونًا بذكر سبب، كما قاله أصبغ؛ لتأكد العزم على الدفع حينئذ، ويحمل عدم اللزوم على خلاف ذلك، مع أنه قيل فى الآية: إنها نزلت فى قوم كانوا يقولون: جاهدنا، وما جاهدوا، وفعلنا أنواعًا من الخيرات،

---

(١) من حديث أبى هريرة: أخرجه البخارى (١/ ٨٩) (٣٣)، ومسلم (١/ ٧٨) (١٠٧ - ١٠٩/ ٥٩) بلفظ: آية المنافق.

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٩٨٩) (١٥) عن صفوان بن سليم مرسلًا. قال أبو عمر: لا أحفظ له سندًا بوجه من الوجوه.

(٣) أخرجه أبو داود (٥/ ٢٦٨) (٤٩٩٥)، والترمذى (٥/ ٢٠) (٢٦٣٣) والبيهقى (١٠/ ١٩٨) وقال الترمذى: هذا حديث غريب، وليس إسناده بالقوى.

وما فعلوها، ولا شك أن هذا محرم؛ لأنه كذب، وتسميع بالطاعة، وكلاهما معصية إجماعًا، وأما ذكر الإخلاف فى صفة المنافق فمعناه:

أنها سجيته، ومقتضى حاله الإخلاف.

ومثل هذه السجية يحسن الذم بها؛ كما تقول: سجيته تقتضى المنع والبخل، فمن كانت صفته تحث [على][1] الخير مدح بها، أو تحثه على الذم ذم بها شرعًا وعرفًا[2].

* * *

(١) سقط فى أ.
(٢) ثبت فى أ: تم كتاب العدة، يتلوه كتاب الوقف، والحمد لله رب العالمين.

كتاب الوقف[1]

وفيه مقدمة وثلاثة أبواب.

المقدمة فى لفظه، وفى الصحاح: وقفت الدار للمساكين وقفًا، وأوقفتها - بالألف - لغة رديئة، قال الله - تعالى -: ﴿وَقِفُوهُمْ إِنَّهُم مَّسْئُولُونَ﴾ [الصافات: ٢٤] بغير ألف. وليس فى الكلام «أوقفت» إلا كلمة واحدة: أوقفت عن الأمر أى: أقلعت عنه.

وعن الكسائى، وأبى عمرو: ما أوقفك هنا؟ أى: أى شىء صيرك واقفًا؟

وتقول العرب: وقفت الدابة تقف وقوفًا، ووقفتها أنا وقفًا. متعد وقاصر، ووقفته على دينه أى: أطلعته عليه، والوقف سواء من عاج.

وقال ابن برى: يقال: أوقفت الرجل على كذا، إذا لم تحبسه بيدك، ووقفته على الكلمة توقيفًا، ووقفته: بينته له. والحبس - بسكون الباء وضم الحاء - من الحبس- بفتح الحاء وسكون الباء - وهو المنع، والمحبس ممنوع من البيع.

* * *

(١) ثبت فى أ: بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى الله على سيدنا محمد وآله.

الباب الأول: فى أركانه

وهى أربعة:

الركن الأول: الواقف، وشرطه: أهلية التصرف فى المال.

الركن الثانى: الموقوف عليه.

وفى الجواهر: تصح على الجنين، ومن سيولد(١).

وقال (ش)، وأحمد: لا يصح إلا على معين يقبل الملك؛ لأن الوقف تمليك، فلا يصح على أحد هذين الرجلين؛ لعدم التعيين، ولا على الحمل ومن سيولد؛ لعدم قبولهما للملك، ولا على المسجد الذى تبنيه؛ لعدم التعيين، بخلاف على ولده وولد ولده؛ فإن ولد الولد، وإن لم يولد، فهو تابع لمعين يقبل الملك، وهو ولد الصلب.

ووافقانا فى الوصية، فنقيس عليها. ولأنه معروف فى هذه الجهات، ويشرع؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱفۡعَلُواْ ٱلۡخَيۡرَ﴾ [الحج: ٧٧]، [و] ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾ [النحل: ٩٠].

ثم إنا نمنع قاعدتهما: أن الوقف تمليك، على ما سيأتى.

قال: ويصح على الذمى، وقاله الأئمة، لأمر بيده. والأظهر: منعه على الكنيسة، وقاله (ش)، وأحمد؛ لأنه عون على المعصية، كصرفه لشراء الخمر وأهل الفسوق، ولا يقاس على الوقف على المسجد، بسبب أن نفعه عائد على المسلمين، وكذلك على الكنيسة؛ لأن نفعها يعود على [أهل] الذمة، والوقف عليهم جائز؛ لأن الفرق: أنها وضعت للكفر. ونفع الذمة عارض تابع، والمسجد وضع للطاعة؛ فافترقا، ولا يصحح الشرع من التصرفات إلا المشتمل على المصالح الخالصة والراجحة، ويكره إخراج البنات منه.

قال اللخمى: ثلاثة أقوال: الكراهة، وعن مالك: إن أخرجهن إن تزوجن بطل الحبس.

وقال ابن القاسم: إن كان المحبس حيًا فسخه، وأدخل فيه البنات، وإن حيز أو

---

(١) فى أ: يستولد.

مات [فات][(١)] وكان على ما حبسه عليه.

وقال أيضًا: إن كان حيًّا فسخه بعد الجور؛ لقوله - عليه السلام - فى هبة النعمان بن بشير «لا أشهد على جور»[(٢)]، ولأن إخراج البنات خلاف الشرع، واتباع الجاهلية.

قال ابن شعبان: من أخرج البنات بطل حبسه، وتتخرج الصدقة على هذا الخلاف.

قال ابن يونس: عن مالك: إذا حبس على ولده، وأخرج البنات: إن تزوجن بطل.

قال ابن القاسم: إذا مات: نفذ على ما حبس، وإن كان حيًّا ولم يخرج عنه: رد، وأدخل فيه البنات، فإن حيز أو مات: نفذ؛ لأنه ماله ينقله لمن شاء.

فرع: يمتنع على الوارث فى مرض الموت؛ لأنه وصية لوارث، فإن شرك بينه وبين معينين ليسوا وارثين: بطل نصيب الوارث خاصة؛ لقيام المانع فى حقه خاصة، فإن شرك معه غير معين أو معين مع التعقيب[(٣)] أو المرجع: فنصيب غير الوارث حبس عليه، فإن كانوا جماعة: فهو بينهم، وما خص الوارث: فبين الورثة، جميع الورثة على الفرائض، إلا أنه موقوف بأيديهم؛ ما دام المحبس عليهم من الورثة أحياء.

وقال (ش): يصح الوقف، فإذا وقف داره على ابنه وامرأته، وله ابنان آخران - فهى بينهما نصفان، إن أجاز الابنان الآخران، وإلا فما زاد على نصيبه: بطل، وكذلك المرأة.

لنا: أنها وصية لوارث، أو تحجير على الوارث.

وكلاهما منهى؛ لقوله - عليه السلام -: «لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[(٤)]، ولقوله: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِى الإِسْلَامِ»[(٥)].

---

(١) سقط فى أ.
(٢) تقدم.
(٣) فى أ: التغليب.
(٤) تقدم.
(٥) تقدم.

فرع: فى الكتاب: حبس داره على رجل، وعلى ولده، وولد ولده، واشترط على الذى حبس عليه إصلاح ما رث منها من ماله: امتنع؛ لأنه كراء مجهول، وأمضى ذلك، ولا مرمة عليهم، بل ترم من غلتها؛ لأنه سنة الحبس، ويبطل الشرط وحده؛ لاختصاصه بالفساد؛ لقوتهما فى سبيل الله، بخلاف البيوع، وكذلك إذا حبس عليه الفرس، وشرط عليه حبسه سنة، وعلفه فيها؛ لأنه قد يهلك قبلها، فيذهب علفه باطلًا قاله ابن مالك.

وقال ابن القاسم: إن لم يمض الأجل: خيرت بين ترك الشرط، أو تأخذ الفرس وتعطى له نفقته، وإن مضى الأجل: لم يرد، وكان للذى قيل له بعد السنة بغير قيمة.

قال ابن يونس، عن مالك: لا يبطل شرطه فى الفرس؛ كمن أعاره لرجل يركبه سنة، ثم هو لفلان، فترك المعار عاريته لصاحب البتل.

قال الشيخ أبو الحسن: يتعجل قبضه، وإذا عثر عليه قبل السنة خير المشترى[1]، فإن أسقط الشرط وأنفذ الحبس فليدفع ما أنفق على الفرس، ثم بعد ذلك يتم الحبس.

قال اللخمى، عن مالك: إذا نزلت مسألة الفرس جازت، وغير هذا الشرط أفضل.

فرع: قال اللخمى: حبس على بناته حياتهن فى صحته، وشرط من تزوجت: لا حق لها، لا يعود حقها بعد تأيمها بعد التزويج؛ لانقطاع عقبه، وكذلك لو أوصى أن ينفق على أمهات أولاده ما لم يتزوجن.

ولو حبس وله بنات متزوجات لم يدخلن فى الحبس، وقال: والمردودة تدخل فى حبسى - فإنها تدخل متى رجعت من ذى قبل، وإن قال: من تأيمت من بناتى: فلها مسكن، يعينه - كانت أحق به، ولا حق لها فيما قبل.

وإذا قال: من تزوجت فلا حق لها: فإن رجعت، فلها مسكن كذا - لم يكن لها حين التزويج شىء حتى ترجع، فترجع فيما مضى، وليست كالتى لم تذكر رجعتها؛ لأنه إذا سمى رجعتها فكأنه حبس عليها إلى رجعتها، فتأخذه.

فإن قال: إن رجعت دخلت فى حبسى، فلها من يوم ترجع.

---

(١) فى أ: المحبس.

وقال عبد الملك: إذا شرط من تزوجت فلا حق لها ما دامت عند زوج، فتزوجت واحدة - فنصيبها لمن معها فى الحبس من أخواتها ما دامت متزوجة، فإن رجعت أخذته، ولو تزوجن كلهن، وقف عليهن للغلة، فإن رجعت واحدة أخذتها كلها، ما وقف وما يستقبل، وعلى القول المتقدم: لا شىء لها فى الماضى، وهذا فى الغلة، أما إن كان الحبس سكنى، فهو أبين فى سقوط الماضى، ولو جعل الماضى لغيرها مدة التزويج لم يكن لها شىء.

فرع: فى الكتاب إذا حبس فى المرض دارًا على ولده وولد ولده، والثلث يحملها، ومات، وترك أمًّا، وامرأة: قسم بينهن على عدد الولد، وولد الولد، فما صار لولد الولد نفذ لهم فى الحبس، وما صار للأعيان بينهم وبين الأم والزوجة على الفرائض موقوفًا بأيديهم حتى ينقرض ولد الأعيان؛ توفية بقاعدة الميراث، وصيغة الحبس، فتخلص الدار كلها لولد الولد حبسا؛ توفية بالحبس. ولو ماتت الأم والمرأة: فما بأيديهما لورثتهما، وكذلك يورث يقع ذلك عن وارثهما أبدًا، ما بقى أحد من ولد الأعيان، فإن مات أحد من ولد الأعيان: قسم نصيبه على من بقى من ولد الأعيان، وعلى ولد الولد، كأنه لم يكن موجودًا، ثم تدخل الأم والمرأة وورثة من هلك من ولد الأعيان فى الذى أصاب ولد الأعيان من ذلك، على فرائض الله تعالى.

فإن هلكت الأم، أو المرأة، أو هلكا: دخل ورثتهما فى نصيبهما ما دام أحد من ولد الأعيان، فإذا انقرضت الأم والمرأة أولًا: دخل ورثتهما مكانهما؛ لأنه حق لهما، فإن انقرض أحد ولد الأعيان بعد ذلك، قسم نصيبه على من بقى من ولد الأعيان، وعلى ولد الولد، ورجع من ورث ذلك المالك من ولد الأعيان وورثة الزوجة وورثة الأم فى الذى أصاب ولد الأعيان؛ لاشتراكهم فى أصل الميراث، فيكون بينهم على الفرائض، فإن مات ورثة الزوجة والأم وبقى ورثة ورثتهم: دخل فى ذلك ورثة ورثتهم، ومن ورث من هلك من ولد الأعيان أبدًا ما بقى من ولد الأعيان أحد بحال ما وصفنا، فإن انقرض ولد الأعيان، وولد الولد: رجعت حبسًا على أقرب الناس بالمحبس؛ توفية بمقصده فى الحبس.

قال ابن يونس: قال سحنون: قل من يعرف هذه المسألة؛ لصعوبتها، وقد وقعت

فى أكثر الكتب خطأ؛ لدقة معانيها، وتقريرها أنه حبس على غير وارث، وهو ولد الولد، فما كان لهم: أجرى مجرى الأوقاف، وما ناب ولد الأعيان: دخل فيه ورثة الميت من الأم والمرأة وغيرهم إن لم يجيزوا، إذ ليس لوارث أن ينتفع دون وارث معه؛ لامتناع الوصية للوارث.

فكأن الميت ترك زوجة، وأمًّا، وثلاث بنين وثلاثًا من ولد الولد، لكل واحد من ولد الأعيان ولد، فيقسم الحبس وغلته على ستة:

ثلاثة لولد الولد ينفذ لهم، قال سحنون [ومحمد][1] إذا استووا، وإلا فعلى قدر الحاجة.

وعن ابن القاسم: الذكر والأنثى سواء؛ لأن المحبس حبس، وهو يتوقع فقرهم وغناهم، وأعرض عن ذلك، والأول يرى: أن مقصد الوقف: المعروف، وسد خلة الحاجة، وتأخذ الأم مما فى يد الأعيان السدس، والزوجة الثمن، ويقسم ما بقى على ثلاثة، عدد ولد الأعيان؛ لأنهم ذكور، وإلا فللذكر مثل الأنثيين؛ لاحتجاج الذكر بالميراث، كما احتجت الزوجة والأم، اختلفت حاجتهم أم لا؛ لأنهم يأخذون بالميراث، فإن مات أحد ولد الأعيان:

قال ابن القاسم: ينتقض القسم كما ينتقض لحدوث ولد الولد للأعيان، أو ولد الأعيان، أو ولد الولد. [ويقسم جميع الحبس على خمسة: بقية الولد، وولد الولد، فما صار لولد الولد: نفذ][2]، وما صار لولد الأعيان: أخذت الأم سدسه، والمرأة[3] ثمنه، وقسم ما بقى على ثلاثة عدد أصل ولد الأعيان: [فيأخذ الحيان سهميهما، وورثة الميت سهمًا يدخل فيه أمه، وزوجه، وولده وهو أحد ولد الولد؛ فيصير بيد ولد هذا الميت نصيب بمعنى الحبس من جده فى القسم الأول والثانى.

ونصيب بمعنى الميراث، ويقسم ما أخذ فى القسم أولًا وهو سدس الحبس يؤخذ ما بيده يضم إليه ما يخرج عنه للأم، والزوجة، وهو ثلث ما فى أيديهما يكمل له

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: الزوجة.

السدس، ويقال لهما قد كنتما تحتجان عليه بأنه لا يستأثر عليكما وأنتما وارثان معه، فلما مات بطلت هذه الحجة فى بقاء ما أخذنا منه بأيديكما؛ لقيام ولد الولد فيه، ولا حجة لكما على ولد الولد؛ لأنه غير وارث، فيقسم هذا السدس: على ولد الولد ثلاثة، وعلى من بقى من ولد الأعيان، وهما اثنان، فيقسم على خمسة: ثلاثة لولد الولد، وسهمان لولد الأعيان، فما صار لولد الأعيان: قسم عليهم، وعلى ورثة الهالك منهم على الفرائض، وتأخذ الأم للهالك الأول وامرأته من هذين السهمين اللذين لولد الولد: السدس والثمن، ويقسم ما بقى بينهما على ثلاثة عدد ولد الأعيان: سهمان للحيين، وسهم ينسب لورثته؛ فيصير بيد ولد هذا الميت نصيب وقف من جده فى القسم الأول والثانى، ونصيب إرث من أبيه هذا، كذلك فسره أبو محمد.

وقال سحنون: ما صار لولد الأعيان ضم إليه السدسان اللذان كانا بأيديهما معدودًا بالزوجة، والأم ما أخذا منهما، وللزوجة ثمن الجميع، وللأم سدسه.

ويقسم الباقى ثلاثة: للأحياء من الأعيان سهمان، وسهم لورثة الميت يوقف، وسهم على الفرائض.

أو تقول: ما صار لولد الأعيان من قسم سدس حبس الميت، وهو خمسان: للأم سدسه، وللزوجة ثمنه، ويضم الباقى إلى الباقى فى أيديهما فى سهم الحبس أولًا بعد أخذ الأم والزوجة سدسه، وثمنه، يقتسمان ذلك على ثلاثة، لهما منها سهم، ولورثة الميت سهم على الفرائض، وهو مثل الأول؛ لأن سدس الخمس إذا قسم على خمسة صار سدس كل واحد من ولد الولد خمسًا، وإذا ردت الزوجة والأم ما كانتا أخذتا من ولد الأعيان، صار بأيديهم الخمسان؛ فآل الأمر إلى أن الخمس يقسم على خمسة، ثم تدخل الأم والمرأة وباقى ولد الحيين.

ولا معنى لقول سحنون: وقسمة جميع الخمس على خمسة أبين، وإنما قسم سهم الميت من ولد الأعيان على خمسة؛ لقيام ولد الولد فى ذلك، وقسمة الحبس بوصية الميت؛ لتوفر سهمانهم بنقصان عدد أهل الحبس، فما وصل لولد الأعيان، صارت الحجة عليهم فيه لمن ورث الميت الأول معهم، وكذلك صارت لمن يرث الميت من ولد الأعيان حجة أن ينالوا نفع ما ورثه وليهم ما دام أحد من الورثة ينتفع بمعنى الميراث عن الميت الأول، وإنما يختلف نقض القسم من غير نقضه على ولد

الأعيان، وعلى ورثة الميت منهم، فأما على ولد الولد أو أم المحبس وامرأته فلا.

قال سحنون: والثمار ونحوها من الغلات تقسم عند كل غلة على الموجود يومئذ من ولد الصلب وولد الولد، ويجمع ما لولد الصلب فيقسم على الفرائض، وأما الدور والأرضون فلا بد من نقض القسم فى جميع الحبس، فيقسم على من بقى من ولد الأعيان وولد الولد، فما صار لولد الأعيان دخل فيه أهل الفرائض، وما صار لولد الولد أخذوه.

وهذا القول إنما يصح على رأى من لا يرى نقض القسم فى جميع الحبس، وعلى نقض القسم يقسم جميع الحبس على أربعة، فما صار لولد الولد أخذوه حبسًا، وما لولد الأعيان أخذت الأم سدسه والمرأة ثمنه، ويقسم الباقى على ثلاثة، ويحيا الميتان بالذكر؛ فما صار لكل واحد منهما أخذه على الفرائض موقوفًا، وما صار لحى فهو له.

وعلى قول من يرى نقض القسم يسترجع من يديه وورثة الهالك أولًا من ولد الأعيان تمام خمس خمس جميع الحبس على ما بيد الهالك الثانى؛ ليكمل الخمس وهو ما كان صار فى القسم الثانى بعد موت أخيه، وقد أخذت الأم السدس، والمرأة ثمنه، وورث أخوه ثلث ما بقى فى يديه، وهو تسعة وثمن من الخمس، فيأخذه كل واحد منهم، ويكمل له الخمس فيقسمه على أربعة لولد الولد ثلاثة، وللباقى من ولد الأعيان سهم تأخذ أم المحبس من هذا السهم سدسه وامرأته ثمنه، ويقسم الباقى ثلاثة يحيا الميتان بالذكر، فما صار للحى أخذه، وما صار لكل ميت ورثه ورثته على الفرائض موقوفًا، وإن مات الثالث من ولد الأعيان خلص الجميع لولد الولد.

وإن مات واحد من ولد الولد، ولم يمت من ولد الأعيان أحد - لم يأخذ سهمه ورثته؛ لأنه حبس، وينقض القسم بموته كموت ولد الأعيان، ويقسم جميع الحبس على خمسة: فما صار لولد الولد نفذ لهم حبسًا، وما صار لولد الأعيان فللأم سدسه وللمرأة ثمنه، وقسم ما بقى على ثلاثة عدد ولد الأعيان][1]، ودخلت الأم والمرأة فيما رده[2] ولد الأعيان من ولد الولد.

---

(١) من أول «فيأخذ الحيان سهميهما...» إلى هنا سقط فى أ.

(٢) فى أ: إذ زاده.

وعن ابن القاسم: لا ينتقض القسم، ويقسم نصيب الميت من ولد الولد، وهو السدس على خمسة: عدد ولد الولد، وولد الأعيان: فما صار لولد الولد نفذ لهم، وما لولد الأعيان دخلت فيه الأم، والمرأة، أو ورثتهما إن ماتتا؛ لأن ما رجع لولد الأعيان من نصيب ولد الولد بالوصية، لا بالولاية؛ لأنه على مجهول من باقى.

وقال سحنون: لا تدخل الأم والمرأة؛ لنفوذ الوصية أولا، وارتفعت التهمة، بل ترجع إليهم بالولاية، ويلزمه إيثار أهل الحاجة من ولد الموصى؛ لأنها سنة مراجع الأحباس[1] والأول أبين.

فإن مات ثان من ولد الولد فعلى نقض القسم، يقسم الحبس كله على عدد من بقى من ولد الولد والأعيان، وذلك أربعة:

سهم لولد الباقى، وثلاثة لولد الأعيان، وتدخل الأم والمرأة معهم على هذا القول دون القول الآخر، فإن هلك الثالث: فجميع الحبس لولد الأعيان؛ لأنهم الأقرب للمحبس.

قال سحنون: ولا تدخل الأم والزوجة؛ لأن وصية الميت قد نفذت أولًا، وارتفعت[2] التهمة، وهو إنما يرجع إليهما بالولاية.

وعن ابن القاسم: ما آل إلى ولد الأعيان من ولد الولد حتى انقرضوا، أو عن واحد منهم: تدخل فيه أم الميت الأول وامرأته.

قال سحنون: وإذا آل ما بيد ولد الولد للأعيان، ومات واحد منهم: أخذت الأم والمرأة اللتان لهذا الميت ميراثهما مما فى يديه من السدس، الذى أخذ أولًا مما آل إليه عن ولد الولد، فما بقى: قسم بين ولد الأعيان، فإن مات أولًا أحد ولد الأعيان قسم نصيبه على ما تقدم، ثم مات أحد ولد الولد: أخذا ما كان بيد هذا الميت الذى هو ولد الولد وهو الخمس المأخوذ فى قسم الحبس من قبل جده، ومن قبل موت أبيه دون ما بيده عن أبيه بالميراث، فيقسم أربعة: لكل واحد من ولد الولد سهم، وسهمان للحيين من ولد الأعيان: تأخذ منهما أم الجد وامرأته السدس والثمن.

---

(١) فى أ: الأجناس.

(٢) فى أ: وإن وقعت.

ويقسم الباقى من السهمين ثلاثة:

[سهم][١] لولد الأعيان الحيين، وسهم لورثة أخيهما الميت، تدخل فيه أمه بالسدس، وامرأته بالثمن، وإن لم يكن له الآن ولد؛ لأنه إنما يقسم ذلك على قسمة ما ورث عليه يوم مات، وكل من مات من أهل السهام لا ينتقض بموته قسم، ويصير ما بيده لورثته على المواريث.

وكذلك لورثة ورثتهم موقوفًا ما بقى من ولد الأعيان أحد، فإذا انقرضوا: رجع الحبس إلى ولد الولد [وينتقض القسم بحدوث ولد لأحد من ولد الأعيان، أو ولد الولد اتفاقًا، ويقسم قسمًا ثانيًا على عدد الولد، وولد الولد][٢] الأول، والذين حدثوا، وكذلك إن شرطوا فى حبسه: ليس لمتزوجة حق إلا أن يردها راد من موت أو طلاق، فتزوجت ابنة له: انتقض القسم عند الزواج، ولا يقسم لها فى قسمة الحبس؛ توفية بالشرط، لكن ما أصاب ولد الأعيان منه دخلت فيه بالميراث، فإن رجعت: انتقض القسم، وقسم لها فى أصل الحبس.

وينتقض القسم - أيضًا - بتزويج واحدة من بنات الولد، وينتقض برجوعها إذا قامت، وما نابها مع ولد الولد: لا يدخل فيه أحد.

قال اللخمى: إذا ماتت أم المحبس: لا ينتقض القسم بموتها، فإن كان لها ولد غير المحبس: فنصيبها له، ولا ينتزع منه إلا بموت ولد الأعيان، أو بموت أحدهم، وكذلك إن ماتت الزوجة ولا ولد لها إلا ولد الأعيان: أخذوا نصيبها الذى أخذته منه، ولا حق لولد الولد فيه، فإن لم يحمل الثلث الدار[٣]، ولم يجز الورثة: أجبر، حسبما قاله الميت أن لو حملها الثلث، ولا يصح أن يقطع بالثلث شائعًا، بل يجمع ثلثه فى الدار، كالعتق إذا أوصى به ولم يحمله الثلث؛ فإنه يجمع فى غير ذلك العبد.

قال محمد: إذا حبس داره فى مرضه على جميع ورثته، ولم يدخل غيرهم معهم، ولا بعدهم: فليس بحبس ولم يبعه.

وكذلك على ولدى، ولم يدخل غيرهم، وقاله مالك، وابن القاسم؛ لأنها وصية

(١) سقط فى أ.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى ط: الولد.

لوارث، ومن مات فنصيبه لمن بعده ميراث؛ فيصير ميراث الآخر أكثر، وهو على القول: إن الحبس على المعين يرجع ميراثًا، وعلى القول: إنه يرجع مرجع الأحباس، لا يبطل الحبس، ويصير كمن حبس على ورثته وغيرهم.

قال التونسي: إذا لم يخرج من الثلث في المسألة الأولى، فما خرج من الثلث عمل به ما ذكر في الكتاب؛ لأنه وصى لوارث، وغيره، وثم ورثة آخرون، فيتحاصون، ولو لم يكن وارث غير الموصى لهم: خير الورثة بين الإجازة، وإلا قطعوا لهم من الدار ما يحمله الثلث فيكون حبسًا، أو تسقط وصيتهم، وهو كمن أوصى لوارث وأجنبي، وليس ثم غير الوارث. واختلفوا في قسم الدار بين الولد، وولد الولد فقيل: على العدد، وقيل: بالاجتهاد في الفقر على الخلاف إذا نص على الولد وولد الولد؛ لأنه سوى بينهم عند أشهب.

فرع: في الجواهر: يمتنع وقف الإنسان على نفسه، وقاله الأئمة، وجوزه ابن شريح؛ لأن عمر - رضي الله عنه - كان يأكل من ثمر صدقته بخيبر، ولأن عثمان - رضي الله عنه - وقف بئرًا، وقال: دلوي فيها كدلاء المسلمين، ولأنه ينتفع بالوقف العام فكذلك الخاص.

والجواب عن الأول: أن أكله يحتمل أن يكون بالشراء، أو بحق القيام.

وعن الثاني: أنه وقف عام، فيجوز أن يدخل في العموم ما لا يدخل في الخصوص؛ لأنه - عليه السلام - كان يصلي في مساجد المسلمين، ولا يجوز أن يخص بالصدقة، وهو الجواب عن الثالث.

لنا: أن السلف - رضي الله عنهم - لم يسمع عنهم ذلك، ولأن من ملك المنافع بسبب لا يتمكن من ملكها بغير ذلك السبب، كمن ملك بالهبة لا يملك بالعارية أو الشراء أو غيرهما؛ فكذلك لا يتمكن من تمليك نفسه بالوقف، ولأنه يمتنع أن يعتق عبده، ويشترط عليه خدمته حياته، [و][1] بالقياس على هبته لنفسه.

قال أبو إسحاق: فإن حبس على نفسه وغيره: صح ودخل معهم، وإلا بطل؛ لأنه معهم تبع، بخلاف الاستقلال.

فرع: قال: متى كان الوقف على قربة صح، أو معصية بطل، كالبيع وقطع

---

(١) سقط في أ.

الطريق؛ لقوله - تعالى -: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ وَٱلْبَغْىِ﴾ [النحل: ٩٠] وقاله (ش)، وأحمد.

فإن عرى عن المعصية وعن القربة صح؛ لأن صرف المال فى المباح مباح، وكرهه مالك؛ لأن الوقف باب معروف فلا يعمل غير معروف.

فرع: قال صاحب المنتقى: لو حبس ذمى داره على مسجد: نفذ.

وقال مالك فى ذمية بعثت بذهب للكعبة: يرد إليها، وإنما يصرف فى هذه الجهات أطيب الأموال، وأموال الكفر ينبغى أن تنزه عنها المساجد.

فرع: قال: إذا لم يذكر مصرفًا حمل على المقصود بأحباس تلك الجهة، ووجه الحاجة فيها.

وقال ابن القاسم: للفقراء، قيل له: إنها بالإسكندرية، قال: يجتهد الإمام.

الركن الثالث: الموقوف: وفى الكتاب: وقف الرقيق والدواب والثياب والسروج فى سبيل الله، ويستعمل ولا يباع.

قال اللخمى: الحبس ثلاثة أقسام:

[الأول][1]: الأرض، ونحوها: كالديار، والحوانيت، والحوائط، والمساجد، والمصانع، والآبار، والقناطر، والمقابر، والطرق؛ فيجوز.

والثانى: الحيوان: كالعبيد، والخيل، وغيرها.

والثالث: السلاح، والدروع، وفيها أربعة أقوال:

الجواز فى الكتاب، وقاله (ش)، وأحمد؛ لأن كل عين يصح الانتفاع بها - مع بقاء عينها - صح وقفها؛ لأنه موف بحكمة الوقف.

وقيل: يمتنع، وقاله (ح)، ومنع وقف المنقولات؛ لأن وقف السلف كان فى العقار، وقياسًا على الطيب.

والجواب عن الأول: أن المقداد حبس أدرعه فى سبيل الله، وهى منقولات.

وعن الثانى: الفرق بأن الطيب لا يبقى عينه، بخلاف صورة النزاع.

وقيل: يجوز فى الخيل، وإنما الخلاف فى غيرها، وعن مالك استثقال حبس الحيوان، وقال فى الرقيق: منعه ما يرجى له من العتق، وظاهره: يقتضى تخصيص

---

(١) سقط فى أ.

الكراهة [للرقيق][(١)].

وفى مسلم أن عمر - رضى الله عنه - أصاب أرضًا بخيبر، فأتى رسول الله ﷺ يستأمره فيها، فقال: إنى أصبت أرضًا بخيبر لم أصب مالا قط هو أنفس عندى منه، فقال رسول الله ﷺ: «إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا، فَتَصَدَّقْ بِهَا لَا تُبَاعُ وَلَا تُوهَبُ، وَلَا تُوَرَّثُ: فِى الْفُقَرَاءِ، وَذِي[(٢)] الْقُرْبَى، وَفِى الرِّقَابِ، وَفِى سَبِيلِ اللهِ، وَابْنِ السَّبِيلِ، وَالضَّيْفِ لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ، وَيُطْعِمَ صَدِيقًا غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهَا»[(٣)].

وفى البخارى قال - عليه السلام -: «مَنْ حَبَسَ فَرَسًا فِى سَبِيلِ اللهِ - إِيمَانًا بِاللهِ وَتَصْدِيقًا بِوَعْدِهِ - فَإِنَّ شِبَعَهُ وَرَوْثَهُ فِى مِيزَانِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»[(٤)]، وفيه: أن خالدًا حبس درعه، وأعمره فى سبيل الله[(٥)].

وفى مسلم: «إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ، أَوْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ»[(٦)] يريد: الحبس.

ووقف عثمان، وطلحة، والزبير، وزيد بن ثابت، وعمرو بن العاص، وكل من له ثروة من الصحابة وقف، رضى الله عنهم أجمعين.

وقال شريح: [لا][(٧)] حبس عن فرائض الله، فقيل لمالك ذلك، فقال: تكلم شريح فى بلده، ولم يقدم المدينة فيرى أحباس الصحابة، وأزواجه - عليه السلام - وهذه أوقافه - عليه السلام - تسعة.

فوائد: إحداها: قوله - عليه السلام -: انقطع عمله، ليس على ظاهره؛ بل المراد:

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: دون.

(٣) أخرجه البخارى (٥/ ٤١٨) فى الشروط: باب فى الوقف (٢٧٣٧)، ومسلم (٣/ ١٢٥٥) فى الوصية: باب الوقف (١٥/ ١٦٣٢).

(٤) أخرجه عن أبى هريرة: البخارى (٢٨٥٣)، والنسائى (٦/ ٢٢٥) وأحمد (٢/ ٩٧٤)، والبيهقى فى السنن (١٠/ ١٦).

(٥) من حديث أبى هريرة، أخرجه البخارى (٣/ ٣٣١) (١٤٦٨)، ومسلم (٢/ ٦٧٦) (١١/ ٩٨٣).

(٦) من حديث أبى هريرة أخرجه مسلم (٣/ ١٢٥٥) (١٤/ ١٦٣١).

(٧) سقط فى أ.

ثواب عمله؛ إذ العمل عرض لا يستمر، بل يذهب زمانه به، فالإخبار عنه عبث.

وثانيها: أنه يثاب فى هذه الصور ثواب الوسائل؛ فإن تعليمه وإقراءه وتصانيفه أسباب للانتفاع بها بعد موته. ودعاء الولد ناشئ عن سببه فى النسل، والارتفاق بالوقف ناشئ عن تحبيسه؛ فالكل من كسبه وتسببه.

وثالثها: أن الدعاء ليس خاصًّا بالولد، بل كل من دعا لشخص رجاء نفعه بدعائه، قريبًا كان أو أجنبيًّا، وليس المراد: أن ثواب الدعاء يحصل للمدعو له، بل متعلق الدعاء، ومدلوله لغة؛ فصار ذكر الولد معهما مشكلًا.

وجوابه: أن الولد أكثر دعاء؛ لأن داعية القرابة تحثه بخلاف غيره، ولذلك خصصه بالصالح؛ لأن الصلاح مع البنوة مظنة كثرة الدعاء وإجابته، فكان أولى بالذكر من غيره.

فرع: فى الجواهر: يصح وقف الشائع، وقاله (ش) وأحمد.

ومنعه محمد بن الحسن؛ لتعذر القبض عنده فيه.

لنا: أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - وقف مائة سهم من خيبر بإذنه - عليه السلام - ولأنه ممكن القبض اللائق به كالبيع، وقياسًا على العتق.

قال اللخمى فى كتاب الشفعة: إن كانت الدار تحمل القسم: جاز؛ لعدم تضرر الشريك إن كره قاسم بعد الحبس؛ وإلا فله رد الحبس؛ لأنه لا يقدر على البيع لجميعها، فإن فسد فيها شيء لم يجد من يصلح معه، وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر: لصاحب العلو رد تحبيس السفل؛ لأنه لا يجد من يصلح له السفل إذا احتاج إليه، ومن حقه أن يحصل له علوه، ولصاحب السفل رد تحبيس العلو؛ لأنه قد يخلق، فيسقط عليه ولا يجد من يصلح، وتحبيس شرك من حائط، فهو كما تقدم فى الدار.

فرع: قال: يجوز وقف الأشجار لثمارها، والحيوانات لمنافعها: أصوافها[1]، وألبانها، واستعمالها، وإذا قلنا بالجواز فى الحيوان وقع لازمًا، أو بالكراهة، وفى اللزوم روايتان.

فرع: قال: يمتنع وقف الدار المستأجرة؛ لاستحقاق منافعها للإجارة، فكأنه

---

(١) فى ط: وأوصافها.

وقف ما لا ينتفع به، ووقف ما لا ينتفع به لا يصح، ويمتنع وقف الطعام؛ لأن منفعته فى استهلاكه، وشأن الوقف بقاء العين.

الركن الرابع: ما به يكون الوقف.

وفى الجواهر: هو الصيغة، أو ما يقوم مقامها فى الدلالة على الوقفية عرفًا، كالإذن المطلق فى الانتفاع على الإطلاق، كإذنه فى الصلاة فى المكان الذى بناه لها إذنًا لا يختص بشخص، ولا زمان.

ووافقنا (ح) وأحمد.

وقال (ش): لا يعتبر إلا القول، على قاعدته فى اعتبار الصيغ فى العقود.

لنا: أنه - عليه السلام - كان يهدى، ويُهدى إليه، ووقف أصحابه، ولم ينقل أنه قبل، ولا قبل منه، بل اقتصر على مجرد الفعل، ولو وقع ذلك لاشتهر، ولأن مقصود الشرع الرضا بانتقال الأملاك لقوله - عليه السلام -: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[1] فأى شىء دل على حصول مقصود الشرع [كفى][2].

فرع: قال فى الجواهر: لا يشترط فى الصحة القبول إلا إذا كان الموقوف عليه معينًا أهلًا للقبول، والرد، فيشترط فى نقل الملكية إليه القبول، كالبيع، وإلا فلا كالعتق.

واختلف هل قبوله شرط فى اختصاصه خاصة، أو فى أصل الوقفية:

قال مالك: إذا قال: أعطوا فرسى لفلان، إن لم يقبل أعطى لغيره إن كان حبسًا.

وقال مطرف: يرجع ميراثًا لعدم شرط الوقف.

وقال (ش)، وأحمد: لا يشترط القبول فى الوقف؛ قياسًا على العتق.

فرع: قال: الألفاظ قسمان: مطلقة مجردة، نحو: وقفت، وحبست، وتصدقت، وما يقترن به مما يقتضى التأبيد نحو: محرم لا يباع ولا يوهب.

وأن يكون على مجهولين، أو موصوفين: كالعلماء، والفقراء، فيجرى مجرى المحرم باللفظ؛ لأن التعيين يشعر بالعمرى دون الحبس، ولفظ الوقف يفيد بمجرده التحريم.

---

(١) تقدم.
(٢) سقط فى أ.

وفى الحبس والصدقة روايتان، وكذلك فى ضم أحدهما للآخر خلاف، إلا أن يريد بالصدقة هبة الرقبة؛ فلا يكون وقفًا، وحيث قلنا: لا يتأبد، يرجع بعد الوجه الذى عين له حبسًا على أقرب الناس بالمحبس - كان المحبس حيًّا أو ميتًا - إن كانوا فقراء، فإن كانوا أغنياء، فأقرب الناس إليهم من الفقراء؛ لأن أصل الحبس مبنى على سد خلة حاجة الموقوف عليه.

قال ابن القاسم: كل ما يرجع ميراثًا يراعى فيه من يرث المحبس يوم مات.

وما يرجع حبسًا فلأولاهم به يوم المرجع، والقرابة الذين يرجع إليهم هم عصبة المحبس الميت، قاله مالك.

وقال ابن القاسم: يرجع لأقرب الناس من ولد وعصبة[1]، وإذا قلنا: يرجع للعصبة، اختلف: هل للنساء فيه مدخل أم لا؟

ففى كتاب محمد: دخولهن.

وعن ابن القاسم: عدم دخولهن.

وقال أصبغ: البنت كالعصبة؛ لأنها لو كانت رجلًا كانت عصبة.

وعن مالك: كل امرأة لو كانت رجلًا كانت عصبة يرجع إليها الحبس، وإذا قلنا بالدخول، فاجتمع بنات، وعصبة: فهو بينهم إن كان فيه سعة، وإلا فالبنات أولى؛ لقربهن، وتدخل مع البنات الأم، والجدة للأب دون الزوجة، والجدة أم الأم؛ لعدم التعصب لو كانتا رجلًا، قاله ابن القاسم.

فإذا انقرض جميع أصحاب المرجع: صار حبسًا على المساكين.

قال صاحب المقدمات: لفظ الحبس والوقف سواء لا يفترقان فى وجه من وجوه الحبس، وقاله (ش)، وأحمد.

وقال عبد الوهاب: الوقف لا يقع إلا محرمًا؛ فهو أقوى[2]. وليس بصحيح، ولهذه الألفاظ ثلاثة أحوال بحسب المحبس عليه:

الحالة الأولى: أن يحبس على معين، فهو يرجع بعد موت المحبس عليه ملكًا لأقرب الناس بالمحبس؛ لأنه حبس محرم، أو يرجع بعد موت المحبس عليه ملكًا

---

(١) فى ط: عصبته.

(٢) فى ط: أقوى لمساك.

لأقرب الناس بالمحبس؛ بناء على أنها عمرى؟ قولان لمالك فى المدونة - وسواء قال: حياته، أو لم يقل، وقيل: إن قال حياته: رجع بعد موته إلى المحبس ملكًا، وإلا رجع مرجع الأحباس؛ لأن التحديد يشعر بالتعمير، والتسوية هى ظاهر المدونة.

قال: أكره؛ لقوله: صدقة محرمة لا تباع.

فحكى ابن القاسم أنه لم يختلف قول مالك فى أنه حبس محرم يرجع مرجع الأحباس، وليس كذلك، بل روى ابن عبد الحكم عن مالك: يرجع بعد موت المحبس ملكًا. إذا كان على معين.

الحالة الثانية: أن يحبس على مجهولين، [غير معينين][1] ولا محصورين، نحو: المساكين، فى السبيل: فوقف[2] محرم اتفاقًا.

الحالة الثالثة: يحبس على محصورين غير معينين، نحو: على ولد فلان، أو عقبه: فحبس محرم اتفاقًا، ويرجع بعد انقراضهم حبسًا على أقرب الناس بالمحبس إلا أن يقول: حياتهم.

فقال عبد الملك: يرجع ملكًا إليه بعد انقراضهم.

وأما لفظ الصدقة: فلها ثلاث حالات أيضًا.

إن كان على معين: فله بيعها، وتورث عنه، وهى ملك اتفاقًا.

الحالة الثانية: غير معينين ولا محصورين: فتباع، ويتصدق بها عليهم بالاجتهاد، إلا أن يقول: يسكنونها، أو يستغلونها؛ فيكون حبسًا على ذلك.

الحالة الثالثة: على محصورين غير معينين: فهل يكون لآخرهم ملكًا، أو يرجع مرجع الأحباس حبسًا على أقرب الناس بالمتصدق؟ قولان لمالك، وإعمار يرجع بعد انقراضهم إلى المتصدق، قول ثالث، ووافقنا (ش)، وأحمد فى [أن][3] لفظ الحبس والوقف صريح، وزادا لفظ «السبيل» لوضع الأولين لغة لذلك، وورد الثالث فى السنة حيث قال - عليه السلام - «حَبِّسِ الأَصْلِ وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ»[4].

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: موقف.
(٣) سقط فى أ.
(٤) تقدم.

الباب الثاني

في شرطه، وهو: الحوز

وقد تقدم دليل اعتباره، وقد ألحق بالهبة، والصدقة، والعارية، والحبس بجامع المعروف.

وقال (ش) وأحمد: لا يشترط الحوز؛ قياسًا على البيع والإجارة، ولأن عمر وعليًا وفاطمة - رضى الله عنهم - لم يزالوا يلون صدقاتهم.

والجواب عن الأول: الفرق بأنه عقد عرى عن المعاوضة، [وضعفت رتبته عنها، وأشبه الهبة. وعن الثاني: المعاوضة][1] بالأدلة المتقدمة فى الهبة.

فرع: فى الكتاب إذا حبس نخل حائط على المساكين فى مرضه، والثلث يحمله، ولم يخرجه من يده حتى مات: نفذ؛ لأنه وصية لقرينة المرض، لا يشترط حوزها قبل الموت، وإن حبس فى صحته ما لا غلة له: كالسلاح، والخيل، ولم يخرجها حتى مات: بطلت؛ لعدم الحوز فى الحياة، وإن أخرجها فى وجهها، وعادت إليه: نفذت من رأس ماله؛ لحصول الحوز قبل الموت، فإن أخرج بعضها: نفذ، ولا يجوز من فعل الصحيح إلا ما حيز قبل الموت، والفلس.

قال ابن يونس: إذا تصدق على ولده الصغير، فحوزه له حوز، إلا أن يسكن فى الدار أو جلها حتى مات، فيبطل جميعها؛ لعدم الحوز باستيفائه المنفعة، ولو سكن أقل الدار الكبيرة، وأكرى لهم باقيها: نفذ الجميع؛ لأن الأقل تبع للأكثر، وقد حبس زيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر داريهما، وسكنا منزلًا حتى ماتا، فنفذ الجميع، ولا تكفى الشهادة فى المرض أنهم حازوا، بل حتى تعاين الحوز؛ لأن الاعتراف بالشىء إنما يقوم مقام الشىء فى حق المقر خاصة، وهو ههنا متعلق بالوارث، وكذلك الهبة، والصدقة، والرهون.

وقال أشهب: إذا كان يخرج الأسلحة وغيرها، ثم ترد إليه بعد الرجوع، فيعلف الخيل من عنده، وترم السلاح، وينتفع بذلك فى حوائجه، ويعيره لإخوانه، ثم يموت - فهو ميراث؛ لأنه حائز لمنافعه، وليس تفريق الغلة كالسلاح؛ لأن أصل النخل بيده ولم يخرج قط.

---

(١) سقط فى ط.

قال ابن عبد الحكم: إن جعلها بيد غيره يحوزها، ويدفع غلتها للواقف يلى تفريقها: جاز، وأباه ابن القاسم وأشهب؛ لبقاء يده.

قال مالك: إن حبس على من يحوز لنفسه، ولم يحز حتى مرض الواقف: امتنع الحوز؛ للحجر، وإن مات: فهو ميراث، وكذلك سائر النحل.

قال مالك: إذا حبس دارًا أو غيرها فى السبيل، وجعل رجلًا يليها: يكرى، ويرم، وينفق فى السبيل، ثم أكراها من ذلك الرجل، ونفذ الكراء: هو ميراث؛ لأن إجارته [له][1] استيلاء يمنع الحوز عنه، وكذلك لو حبسها على ولده، ثم أكراها منهم بكراء يدفعه إليهم، أو يعمل فى الحائط مساقاة، فذلك يبطله.

قال مالك: فإن حبس فرسًا على رجل فى سبيل الله، فأقره عنده ليعلفه له، ويقوم عليه حتى يغزو، وأشهد على ذلك، وأمكنه من قبضه، فتركه كذلك حتى مات المعطى: نفذ؛ لأنه كان وكيله، فيده يده.

قال محمد: ولا يصلح هذا إلا فى مثل الفرس، والسلاح، وما لا غلة له.

قال مالك: إذا حيز عنه بعد سكناه زمانًا طويلًا، ثم رجع فسكنه بكراء: نفذ، إن كانت الحيازة قد ظهرت.

قال محمد: هذا إذا حاز المحبس عليه نفسه، أو وكيله، ولم يكن بينهم[2] صغير، ولا من لم يولد بعد.

أما من جعل ذلك بيد من يحوزه على المتصدق عليه حتى يقدم، أو يكبر، أو يولد، أو كان بيده هو يحوزه لمن يجوز حوزه عليه، ثم سكن قبل أن يكبر الصغير، وقبل أن يحوز من ذكرنا: بطلت، وأقل الحيازة عند مالك سنة.

قال محمد[3]: إن حبس على عبده حياته، ثم على فلان، فحازه العبد، ومات السيد: لا شىء للأجنبى؛ لأن عبده لا يحوز عنه لقدرته على الانتزاع بخلاف الأجنبى، وكذلك: على ولده الصغير، ثم على فلان، ويحوزه لولده، ثم يموت قبل بلوغ الابن الحوز: بطل للأجنبى؛ لعدم الحوز، ويبقى للابن؛ لحوز أبيه له،

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: منهم.
(٣) فى ط: قال مالك.

بخلاف: حبس عليك سنين، ثم على فلان، فحيازة الأول حيازة للثانى؛ لخروجه عن يد الواقف.

وقال عبد الملك: إذا أعمر له داره، وبعد الحيازة جعل مرجعها لآخر: لا يكون حيازة الأول حيازة للثانى، وإن مات الواقف أو فلس، بخلاف: إذا كان ذلك فى مدة حتى يكون قبض الأول قبضًا للآخر.

قال مالك: حبس عليك حياتك، ثم فى السبيل: فهو من رأس المال إن حيز عنه، وقوله: عليك حياتى، ثم فى السبيل: هو من الثلث؛ لجعله ذلك بعد الموت، وعنه من رأس المال؛ لأنه لا يرجع إليه ولا لورثته.

قال اللخمى: يختلف إذا لم يمكنه صرف الحبس فيما حبس حتى مات، هل ينفذ أم لا؟

والحبس أصناف:

ما لا يحتاج لحيازة، ولا تبقى يد المحبس عليه: كالمساجد، والقناطر، والمواجل، والآبار، بل يكفى التخلية.

وما لا يصح بقاء يد الواقف عليه، ويجب تحويزه، وهو ما كان على معين إذا [كان][1] ينتفع بعينه: كدار السكنى [وعبد الخدمة، ودابة الركوب، وما يصح بقاء يده عليه إذا أنفذه فى وجهه - كالخيل يغزى عليها، والسلاح والكتب يقرأ فيها - إذا لم يكن الحبس على معين - يصح عوده إليه بعد قبضه.

ويختلف إذا لم يأت وقت لجهاد، وطلب الغزاة حتى مات: هل يبطل أم لا؟ ولو كان يركب الدابة إذا عادت إليه؛ ليروضها لم يفسد حبسه، أو يركبها كما يفعل الملاك - بطل حبسه، وقراءة الكتب إذا عادت إليه خفيف.

وما اختلف هل يصح بقاء يده عليه - وهو ما على غير معين والمراد غلاته - كالثمار، والحوانيت، وعبيد الخراج، وهذا الصنف أربعة أصناف: فإن أخرجه من يده، وأقام لحوزه وإنفاذ غلاته غيره؛ صح، وإن بقى فى يده - ولم يعلم إنفاذ غلاته، بطل.

وعن مالك النفوذ - وهو المختار - لوجود الحوز بيد الغير؛ فهذه أربعة أصناف.

---

(١) سقط فى أ.

فرع: فى الجواهر: إذا صرف منفعته فى مصلحتها، ففى كون ذلك حوزًا إن وليه ثالثها.

فى الكتاب: الفرق بين إخراج الغلة، كالثمرة، وكراء الأرض، فيبطل، وبين إخراج العين نفسها - كالفرس والسلاح يقاتل بهما ثم يرجعان إليه، فيصح.

فرع: قال صاحب المقدمات: إن امتنع المحبس من الحوز جبر عليه، ولا يبطل بالتأخير ما لم يمت، أو لتراخى المحبس عليه فى القبض حتى يفوته المحبس.

نظائر: قال العبدى: يتبع الأقل الأكثر فى إحدى عشرة مسألة: إذا سكن أقل الحبس أو الهبة صح الجميع وإذا استويا؛ صح فى غير المسكون، وإذا اجتمع الضأن والمعز أخرج من الأكثر فى زكاة الإبل من غالب غنم البلد - ضأنًا كان أو معزًا، أو السقى والنضح يزكى على الغالب، وإذا أدار بعض ماله حكم للغالب فى زكاة التجارة، وزكاة الفطر من غالب عيش البلد، والبياض فى المساقاة تبع إذا كان أقل، وإذا نبت أكثر الغرس فللغارس الجميع، وإذا نبت الأقل فلا شىء لها فيهما، وقيل له سهمه من الأقل، وإذا أطعم أكثر الغرس سقط عليه العمل، أو أقله فعليه العمل، وقيل بينهما، وإذا وجد المساقى أكثر الحائط سقط السقى، أو أقله فعليه السقى، وإذا أبر أكثر الحائط فالجميع للبائع، وإذا استحق الأقل، أو وجد به عيب فليس له رد ما استحق ولا التسليم، بل يرجع بقدره.

* * *

الباب الثالث

فى أحكامه

وهو من أحسن أبواب القرب لما تقدم من الأحاديث، وينبغى أن تخفف شروطه، [وألا] يضيق على متناوله بكثرتها؛ فإنه وسيلة إلى أكل الحرام بمخالفتها، وتسليمها من باب الإحسان؛ فيكون أبلغ فى الأجر، ولا يضيق فى ذلك ما يخيل من التهمة، وقد تقدم الحديث فى توسعة عمر - رضى الله عنه - فى وقفه.

فرع: وحكمه لزوم من غير حكم الحاكم وقاله (ش) وأحمد.

وقال (ح) غير صحيح ولا يلزم فى حال الحياة، وهو ملكه يورث عنه إلا أن يحكم حاكم بصحته، أو يعلقه على موته فيقول: إذا مت فدارى وقف على كذا؛ لقول النبى ﷺ: «نحن معاشر الأنبياء لا نورث ما تركناه صدقة»(١) يروى صدقة بالنصب، وتقديره: لا نورث كل شىء تركناه صدقة؛ فيدل على أن ما تركه غيرهم صدقة يورث، ولقول النبى ﷺ: «لا حبس بعد سورة النساء»(٢) يشير إلى آية المواريث، ولأن عبد الله بن زيد وقف بستانًا على الفقراء، فشكاه أبواه لرسول الله ﷺ وقالا: ما لنا غيره، فرد غلته عليهما، فلما ماتا، ذكر ذلك عبد الله له ﷺ فجعله له ولم يرده وقفًا.

وقال شريح: جاء رسول الله بإطلاق الحبس، ويروى ببيع الحبس، ومثل هذا لا يقال إلا عن توقيف، ولأنه لو قال: حوانيت البيع فى ملكى، لم يورث، وكذلك الوقف إلى التصرف أعظم، وبالقياس على الوقف على نفسه.

والجواب عن الأول: أنه روى بالرفع، وتقديره: الذى تركناه صدقة، وقد احتج الصديق به؛ فلو صح ما ذكرتم لجاوبته فاطمة - رضى الله عنها - والصحابة، فإن الذى ترك غير صدقة ينبغى أن يورث؛ فلا يدل على عدم الميراث بل عليه بالمفهوم، ولما حسن منه الاحتجاج، وأنه عن أفصح الناس.

وعن الثانى: أن المراد الحبس المسقط للمواريث - وهو ما زاد على الثلث؛ فإن

---

(١) أخرجه البخارى (٣٠٩٤)، ومسلم (٤٩/٧٥٧) عن عمر بن الخطاب، والبخارى (٣٠٩٢ و٣٧١١ و٤٠٣٥ و٤٢٤٠ و ٦٧٢٥)، ومسلم (٥٢/١٧٥٩) عن أبى بكر الصديق.

(٢) أخرجه الدارقطنى (٤/٦٨) والبيهقى (٦/ ١٦٢). وقال الدارقطنى: لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه، وهما ضعيفان.

الفرائض قدرت بعد الوصية بالثلث، وبعد الديون.

وعن الثالث: أنه كان لهما يتصرف فيه بالحبس من غير أمرهما، وذلك باطل إجماعًا، ولولا أنه لهما لما ورثه عنهما.

وعن الرابع: أن مراده ما كانت الجاهلية تحبسه بغير إذن الله تعالى، كالبحيرة، والسائبة.

وعن الخامس: أنه إن أراد الوقف كان وقفًا ومنعنا الحكم، وإلا فهو إثبات حكم المنع بدون سبب، وفي صورة النزاع لسببه؛ فظهر الفرق.

وعن السادس: أن الثلث ثابت له قبل الوقف، وتحصيل الحاصل محال، ومن يملك العين والمنفعة لا يتمكن من تمكين نفسه بسبب آخر، كما يتعذر عليه أن يهب نفسه بخلاف الغير؛ لأن تحديد الاختصاص لم يكن، ولا ما يقوم مقامه. لنا قوله ﷺ لعمر - رضي الله عنه - في الحديث المتقدم: «حبس الأصل، وسبل الثمرة»؛ فدل على أن الأصل يكون محبوسًا ممنوعًا بالعقد من غير حكم حاكم، وأنه يتعذر الرجوع فيه، ولأنه كتب فيه صدقة محرمة لا تباع ولا توهب ولا تورث، وذلك لا يكون إلا بأمره ﷺ؛ لأنه المشير في القضية والمدبر لها، وثانيها إجماع الصحابة- رضوان الله عليهم - قال جابر بن عبد الله: لم يكن أحد من الصحابة - رضوان الله عليهم - له مقدرة إلا وقف وقفًا، وكتبوا في ذلك كتبًا، ومنعوا فيها من البيع والهبة، وأوقافهم مشهورة بالحرمين بشروطها وأحوالها، ينقلها خلفهم عن سلفهم، فهم بين واقف وموافق فكان إجماعًا؛ ولذلك رجع أصحاب (ح) عن مذهبه في هذه المسألة، لما لم يمكنهم الطعن في هذا النقل، وبه احتج مالك على أبي يوسف عند الرشيد، فرجع أبو يوسف لمالك، وبالقياس على المسجد والمقبرة فإنه وافق فيهما، وقياسًا لما يقع في الحياة على ما يوصى به بعد الموت؛ للتسوية بين الحالين- كالعتق.

فرع: قال اللخمي: الحبس على المعين خمسة أقسام:

يرجع ملكًا في وجهين، واختلف في ثلاثة فقوله على هؤلاء النفر، أو العشرة، وضرب أجلًا، أو حياته - لم ترجع ملكًا اتفاقًا في هذين؛ لأنه إسكان بلفظ التحبيس.

واختلف إذا لم يسم أجلا، ولا حياة، بل قال حبسًا صدقة لا تباع ولا تورث؛

فعنه يكون على مراجع الأحباس نظرًا للفظ الحبس، وعنه يرجع ملكًا لقرينة التعيين الدالة على العمرى.

وقال عبد الملك: إذا حبس على مخصوصين فهو عمرى، وإن سماه صدقة نظرًا لقرينة التعيين.

قال ابن وهب: إذا حبس على رجل، وقال لا يباع، ولا يوهب، ثم بدا له، فقال: هو صدقة عليه يصنع ما شاء من بيع وغيره، ويلغى قوله: لا يباع، ولا يوهب؛ لأنه لا يجوز حمله على أنه لا يباع ولا يوهب حتى يستوفى هو المنفعة، فلا يثبت الحبس بالشرك.

وقال محمد: إذا أوصى بثلث ماله لفلان وعقبه، تجر فيه، وله ربحه، وعليه خسارته ويضمنه، فإن ولد له دخل معه، فإن انقرضوا والآخر امرأة أخذته بالميراث؛ لحمله على الملك - ولو ذكر عقب - لأن الأصل الهبة، والإذن دون الوقف؛ فللأول هبة المنفعة، وللآخر الرقبة.

وقال مالك، فيمن حبس على ولده ولا ولد له: له أن يبيع؛ لعدم الموقوف عليه.

وقال ابن القاسم: لا يبيع إلا أن ييأس من الولد، ولو حبس على ولده ثم فى سبيل الله تعالى فلم يولد له - له أن يبيع؛ لأن القصد له الولد، وإنما ذكر السبيل مرجعه.

وقال عبد الملك: حبس، فإن قال على زيد وعقبه ثم على عمرو بتلًا، فمات الذى بتل أى قبل، ثم انقرض زيد، وعقبه - رجعت ميراثًا بين ورثة عمرو يوم مات.

قال ابن يونس: إذا حبس على ولده ثم على السبيل:

قال محمد: لا يبيع حتى ييأس من الولد.

وقال عبد الملك: هو حبس يخرج من يده إلى يد ثقة، فإن مات قبل أن يولد له رجع إلى أولى الناس به يوم حبس، وإن أوصى بثلث ماله لعقبى فلان، فلم يولد له ولد:

قال ابن القاسم: إن علم بعدم الولد انتظر، وإلا بطلت الوصية.

وقال أشهب: إن مات الموصى قبل وجود ولد، أو حمل بطلت.

فرع: قال ابن يونس: قال مالك: إذا حبس على ولده، وقال: إن أحبوا، أو

أجمع ملاؤهم على البيع باعوا، واقتسموا الثمن بالسوية هم وأبناؤهم، فلو هلكوا إلا واحدًا له البيع.

قال ابن القاسم: ولا حق لغيرهم من الورثة؛ لأنه بتلها لبنيه خاصة. وإذا قال فى حبس: إن أحبوا باعوا فللغرماء أن يبيعوا فى ديونهم؛ لأنه إنما نقلها لهم بهذه الصيغة.

فرع: قال: قال محمد: دارى على عقبى فلان، وهى للآخر، أو على الآخر منهم - فهى للآخر منهم مسلمة، وقيل: ذلك حبس، فإن كان آخرهم امرأة لها البيع، أو رجل يرجى له عقب أوقفت عليه، فإن مات ولم يعقب ورثها ورثته. وإن تصرفوا، وجعلها للآخر، فاجتمع الأبعد والأقرب على بيعها - ليس لهم ذلك؛ لاحتمال كون غيرهم الآخر إلا أن ينقرضوا كلهم، فلو قال: عبدى حبس عليكما، هو للآخر ملك، إلا أن يقول عليكما حياتكما، وهو للآخر منكما؛ فهو حبس على الآخر حياته. ولو قال: أمتى صدقة حبس على أمه وأخته لا تباع ولا تورث، وأيهما مات فهى للآخر منهما، فإن عينها للآخرة منهما تصنع ما شاءت من البيع وغيره، ويبطل حبسها، ولم يرها مثل الدور ولا حظ معنى الثمن؛ كالعلف فى الحيوان دون الرباع؛ لأنه ينقل الرقيق إلى][1] ما هو أفضل له، وينقله إلى ما يمكن معه العتق، وأما الرباع: فلا يجوز أن يبتل بعد التحبيس؛ لأنه مخالفة للوقف من غير مصلحة، إلا أن يشترط أن مرجعها إليه.

قال أصبغ: إذا حبس داره على رجل، وقال: لا تباع، ولا توهب، ثم بدا له أن يبتلها له، وقال: هى عليك صدقة - فله أن يصنع ما شاء، قال: أولًا حبس عليك حياتك، أم لا، وقيل: بل يتخرج على قول مالك فى الحبس على معين: هل يرجع ملكًا أم لا؟ فعلى أنه يرجع حبسًا يمتنع أن يملكها له؛ لتعلق حق غيره بها.

فرع: فى الجواهر: لو شرط فى الوقف الخيار فى الرجوع بطل شرطه، ولزم الوقف؛ لأن الأصل فى العقود اللزوم.

فرع: قال: لا يشترط التنجيز، بل يجوز: إن جاء رأس الشهر وقفت، يصح إن بقيت العين لذلك الوقت.

---

(١) من أول: «وعبد الخدمة، وآية الركوب...» إلى هنا سقط فى أ.

ومنع (ش)، وأحمد التعليق على الشرط؛ قياسًا على البيع بجامع نقل الملك.

لنا: القياس على العتق، وهو أولى من قياسهما؛ لأنه معروف بغير عوض؛ فهو أشبه بالعتق وأخص به من البيع.

فرع: قال: لا يشترط إعلام المصرف، بل لو قال: وقفت، ولم يعين مصرفًا: صح، وصرف للفقراء، قاله مالك وأحمد؛ قياسًا على الأضحية، والوصية.

وقال القاضي أبو محمد: يصرف في وجوه الخير والبر.

فرع: قال: ويجب اتباع شروط الوقف، وقاله (ش)، وأحمد.

فلو شرط مدرسة، أو أصحاب مذهب معين، أو قومًا مخصوصين: لزم؛ لأنه ماله، ولم يأذن في صرفه إلا على وجه مخصوص، والأصل في الأموال: العصمة.

ولو شرط ألا يؤاجر مطلقًا، أو إلا سنة بسنة، أو يومًا بيوم: صح، واتبع الشرط.

فرع: قال: لو قال: على زيد، وعمرو، ثم على المساكين بعدهما، فمات أحدهما: فإن كان ينقسم كغلة الدار، أو غلة عبد أو ثمرة: فحصته بعد موته للمساكين.

أو لا ينقسم: كعبد يخدم، ودابة تركب: فهل هو كالذى ينقسم لتناهى الاستحقاق في حق الميت؟ أو ترجع حصته للحى منهما؟ لأن قرينة تعذر القسمة تقتضي: أن قوله: بعدهما أي: بعد الجميع، لا بعد كل واحد منهما؟ روايتان، فإذا انقرضا: صار للمساكين الجميع.

فرع: قال ابن يونس: إذا حبس البقر؛ ليقسم لبنها: فما ولدت من الإناث: حبس معها، أو من الذكور حبست لنزوها؛ لأنها نشأت عن عين موقوفة، فتتبع أصلها، كتبع ولد المكاتب، والمدبر[1] لأصوله، ويباع الفضل من الذكور؛ لتعذر النفع به، كالفرس الوقف إذا هرم، فيشترى به إناث، وكذلك ما كبر وانقطع لبنه.

فرع: في الجواهر: تأثير الوقف بطلان اختصاص الملك بالمنفعة، ونقلها للموقوف عليه، وثبات أهلية التصرف في الرقبة بالإتلاف، والنقل للغير، والرقبة على ملك الواقف.

وقال (ش) وأحمد: يبطل ملك الواقف، ثم اختلفا:

---

(١) في أ: المدين.

فقال (ش) فى مشهوره: ينقله لله - تعالى - لأنه قربة كالعتق، وقال أحمد: ينقله للموقوف كالهبة.

قاعدة: التصرفات تنقسم إلى النقل، والإسقاط.

فالأول: كالبيع، والهبة، والوصية؛ فإن الملك انتقل للثانى.

والإسقاط، كالطلاق، والعتق؛ فإن العصمة، وهى التمكين من الوطء، والملك فى الرقيق - لم تنتقل للمطلق، والمعتق.

قال بعض العلماء: ومنه أوراق الرسائل؛ فإن[١] ظاهر حال المرسل: أنه أعرض عن ملكه فى الورقة، كما يعرض عن الحبة[٢] من البر، أو الزبيب إذا وقعت منه، ولم يخطر له أن يملكها المرسل إليه، بل مقصده من المرسل إليه: أن يقف على ما [فيها فقط][٣].

إذا تقررت القاعدة، فحكى الاجتماع فى المساجد إن وقفها إسقاط، كالعتق: فإن الجماعات لا تقام فى المملوكات، واختلف العلماء فى غيرها، كما تقدم.

قاعدة: إذا ثبت الملك فى عين: فالأصل استصحابه بحسب الإمكان، فإذا اقتضى سبب نقل ملك، أو إسقاطه، وأمكن قصر ذلك على أدنى الرتب: لا نرقيه إلى أعلاها.

ولهذه القاعدة قلنا: إن الاضطرار يوجب نقل الملك من المتيسر إلى المضطر إليه، ولكن يمكن قصر ذلك على المرتبة الدنيا، بأن يكون بالثمن، ولا حاجة إلى المرتبة العليا، وهى النقل بغير ثمن، كذلك ههنا: الوقف يقتضى الإسقاط، فاقتصر بأنه على المرتبة الدنيا، وهى المنافع دون الرقبة؛ توفية بالسبب والقاعدة معًا.

ويتخرج على هذه القاعدة وجوب الزكاة فى النخل الموقوفة، وقد تقدم فى الزكاة.

فرع: قال: إذا [قال:][٤] حبس الفرس، أو التيس للضراب فانقطع ذلك منه وكبر:

---

(١) فى ط: قال.
(٢) فى ط: العهة.
(٣) فى ط: تساقط.
(٤) سقط فى ط.

قال ابن القاسم فى الكتاب: يباع؛ صونًا لماليته عن الضياع.

وقال عبد الملك: لا يباع إلا أن يشترط ذلك فى الحبس؛ لأن بيع الحبس حرام.

فرع: قال: الولاية فيه لمن شرطه الحاكم، فإن لم يول ولاه الحاكم؛ ضبطًا لمصلحة الوقف، ولا يتولاه هو بنفسه؛ لأنه مناف للحوز.

قال (ش)، و (ح): يجوز أن يشترط لنفسه؛ لأنه ماله يخرجه من يده كيف يشاء، فإن لم يشترط: فالحاكم.

وقال أحمد: له أن يشترطه لنفسه؛ لأن الحوز عندهما ليس شرطًا، فإن لم يشترطه: قال أحمد: للموقوف عليه، كان عدلًا أم لا؛ لأنه ملكه إذا كان معينًا، وإلا: فالحاكم، والعدالة شرط فى المباشر حينئذ.

لنا: أن الحوز شرط، كما تقدم، والنظر لنفسه.

وإن شرط ذلك لنفسه فى الحبس، فكذلك، قاله ابن القاسم، وأشهب.

فإن جعله بيد غيره يحوز له، ويجمع غلته، ويدفعها للواقف يفرقها: أجازه ابن عبد الحكم، ومنعه ابن القاسم؛ لبقاء تصرفه، ثم يشترط فى المتولى الأمانة، والكفاية، ويتولى العمارة، والإجارة، وتحصيل الريع، وصرفه بعد إصلاح ما يحتاج إلى الإصلاح، والبداية بالإصلاح من الريع؛ حفظًا لأصل الوقف، بل لو شرط خلاف ذلك بطل؛ لأنه خلاف سنة الوقف، ولو شرط أن إصلاح الدار على الموقوف عليه: امتنع ابتداء؛ لأنها إجارة بأجرة مجهولة، فإن وقع: مضى الوقف، وبطل الشرط، وأصلح من الغلة؛ جمعًا بين المصالح، وقال محمد: يرد الوقف ما لم يقبض؛ لفساده.

فرع: قال: إن علم بشرط الواقف فى الصرف: اتبع فى المساواة، والتفضيل، وإلا صرف بالسوية؛ لأنه الأصل، وإن جهل أربابه فهو كوقف لم يعين مصرفه.

وقال (ش)، وأحمد: يستوى الذكر والأنثى، والغنى والفقير.

فرع: قال: إذا آجره الولى لغبطة، ثم ظهر طالب بزيادة: لم يفسخ؛ لأن عقد الإجارة وقع صحيحًا لازمًا.

فرع: قال: يمنع نقض بنيان الحبس لتبنى فيها الحوانيت للغلة؛ لأنه ذريعة لتغيره، ومن هدم حبسًا من أهله، أو من غيرهم: رد البنيان كما كان، ولا تؤخذ منه القيمة.

وقال (ش): عليه القيمة؛ لأن البنيان ليس من ذوات [الأمثال.

قال بعض الشيوخ: ثلاث صور مستثناة من ذوات القيم][١]: البنيان، والثوب يخرق خرقًا يسيرًا يجب رفوه، والرجل يشترى الشاة، وآخر جلدها، فيؤثر صاحب الشاة الإحياء: فعليه مثل الجلد.

حكى هذا صاحب البيان، ثم قال: وليس كذلك؛ بل لأن عود البنيان على مثل ما كان فى هيئته وهيئته متعذر، والقيمة قد لا تحصل مثل ذلك البناء.

والقيمة إنما جعلت بدل الشىء إذا كانت تحصل مثله، وههنا لا تحصل.

قال فى الجواهر: وأما الحيوان يقتل: فقيمته يشترى بها مثله، ويجعل مكانه، فإن تعذر: فينتقص من مثله.

قيل: إذا تعذر قسم كالغلة، وإذا انكسر منه جذع: امتنع بيعه، واستعمل فى الوقف، وكذلك البعض.

وقيل: يباع، ولا يناقل بالوقف، وإن خرب ما حواليه وبعدت العمارة عنه.

وقال (ش)، وأحمد: تباع الدار، ويصرف ثمنها إلى وقف آخر، وكذلك المسجد.

وقال محمد: إذا خرب ما حوله، عاد إلى ملك الواقف؛ لأن الوقف لغير مصلحة عبث.

لنا: القياس على العتق، وعارضوه بالقياس على الكفن، إذا أكل الميت السبع، والفرق: أن ههنا يرجى عود المنفعة لمن يشرع بعمارته، ويعود الناس حوله، والميت إذا أكل لا يعود إلا فى الآخرة، وهو الفرق بينه وبين الحيوان يباع عند الهرم.

فرع: قال: يجوز بيع الدور المحبسة حول المسجد، يحتاج لتوسيعه بها، وكذلك الطريق؛ لأن السلف عملوا ذلك فى مسجده - عليه السلام - ولأن منفعتهما أهم من نفع الدور، قاله مالك.

وقال عبد الملك: ذلك فى مثل الجوامع، والأمصار، ومساجد القبائل.

نظائر: قال العبدى: يجبر الإنسان على بيع ماله فى سبع مسائل:

---

(١) سقط فى أ.

مجاور المسجد إذا ضاق، يجبر من جاوره على البيع، والماء للخائف من العطش، فإن تعذر الثمن: أجبر بغير ثمن، ومن انهارت بئر جاره، وعليها زرع، بغير ثمن، وقيل بالثمن، والمحتكر يجبر على بيع طعامه، وجار الطريق، إذا أفسدها السيل، يؤخذ مكانها بالقيمة من جار الساقية، وصاحب القران فى قرن الجبل، إذا احتاج الناس إليه؛ ليخلصهم، وصاحب الفرس، أو الجارية يطلبها السلطان، فإن لم يدفعها له جبر الناس، فإنه يجبر هو؛ دفعًا لأعظم الضررين.

فرع: فى الجواهر: قال عبد الملك: يجوز للناظر الكراء للسنة والشهر، وما يرى من النظر مما يجوز مثله للوكيل، وأما ما يطول فلا؛ لأنه إنما يلى مدة حياته، ويمتنع الكراء بالنقد؛ لأنه قد يضيع لذلك، ولأنه لا يقسم الكراء حتى يكمل السكنى، وقد يموت من أخذ قبل الاستحقاق، ويحرم من جاء قبل الوجوب ممن يولد قبل القسم، وله كراء مثل الخمس سنين، وقد اكترى مالك منزله عشر سنين، وهو صدقة، وأنكر المغيرة وغيره عشر سنين.

فرع: قال: من أراد الزيادة فى وقف غيره أو ينقص منه، منعه الواقف، أو ورثته، أو الإمام إن لم يمنع الواقف ولا الوارث؛ لأنه حق لله وللواقف، فإذا ترك حقه: قام الإمام بحق الله - تعالى - ولو خرب، فأراد غير الواقف إعادته: للواقف منعه ولوارثه؛ لأنه تصرف فى ملكهم.

فرع: قال ابن يونس: إذا وقف الحيوان، وأمضيناه على شرطه، له تغيير الوقف إلى ما هو أفضل للعبد، ولو نقل [الحيوان إلى ما ليس أفضل: امتنع؛ لأنا جوزنا النقل][1]، مع كونه على خلاف وضع الوقف؛ لأجل ضعف الوقف فيه، والمصلحة للأرجح[2].

فرع: قال: قال مالك: لو حبس عبدين على أمه حياتها، فلما حضرته الوفاة أعتق أحدهما - امتنع إلا أن تجيزه أمه؛ لأن النقل إلى الأفضل جائز، ولم يبق إلا حقها؛ فيسقط[3] بالرضا.

فرع: قال اللخمى: إن كان المراد من الحبس غلاته: كالثمار، وعبيد الإجارة،

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: وللمصلحة الأرجح.
(٣) فى أ: يسقط.

والحوانيت، سوقيت الثمار، أو يؤاجر عليها: فما اجتمع قسم، أو المراد غير الغلة، كالدار للسكن، والعبد للخدمة، والخيل للركوب - انتفع بأعيانها فى ذلك، فإن كانت على معينين، ولم تتسع لجميعهم، وهم مثلاها، ولا العشرة: استووا فيه: الفقير والغنى، الآباء والأبناء، فإن لم تحمل الدار الجميع: أكريت، وقسمت الغلة، أو اقترعوا على السكن ودفع للآخر نصيبه من الكراء، فإن كان على العقب أيضًا، قال مالك: يؤثر الفقير على الغنى - لأن مقصد الأوقاف سد الخلات - والآباء على الأبناء، سواء قال: ولدى، أو ولد ولدى.

وقال عبد الملك: لا يفضل إلا بشرط المحبس؛ لأنه كان يعلم أن منهم الفقير، والغنى، ولم يتعرض لذلك؛ فهو لغو، وهو قاصد للتسوية فسوى.

وعن مالك: يستوى الآباء، والأبناء، غير أنه يفضل ذو العيال بقدر عياله، ويسووا الذكر والأنثى.

قال أشهب: إن قال: ولدى، وولد ولدى: لم يقدم أحد؛ لاستوائهم فى الذكر، وإلا قدم الآباء؛ لاستحقاقهم إذا استوت الحاجة.

قال: والمساواة مطلقًا أحسن، إلا أن تكون عادة، وإذا سكن الجميع، ثم استغنى الفقير، أو مات بعض العيال، أو كثر عيال الآخر، أو كبر الصغير، فاحتاج إلى مسكن، أو غاب أحدهم: افترق الجواب:

قال مالك: لا يخرج بالغنى.

وقال ابن القاسم: يخرج، ويرجع لعصبة المحبس من الرجال، فإن افتقر بعض المحبس عليهم: انتزع، ورد إليهم.

قال: وهذا الصواب، إذا كان الحكم: أنه للفقير، إلا أن تكون العادة: أنه متى سكن أحدهم لم يخرج وإن استغنى، وإن مات بعض العيال، وفضل مسكن: انتزع، وإن كثر عيال أحدهم، أو بلغ، وتأهل: لم يخرج له أحد، ولم يستأنف القسم، وإنما استوى الآباء والأبناء فى ابتداء القسم؛ لعدم الاستحقاق بالسبق، وههنا تقدم سبق.

وإن كان أحدهم فى ابتداء السكنى قريب الغيبة: وقف نصيبه، وأكرى له، أو بعيد الغيبة: لم يكن له شىء، ولا يستأنف القسم إذا قدم، ومن غاب بعد القسم على وجه العود: فهو على حقه فى مسكنه، ويكريه إن أحب، أو لينقطع: سقط

حقه، إلا أن يكون ذلك المسكن فاضلًا عن جميعهم؛ فيكون على حكم الغلة: يقسم كراؤه، وله نصيبه من الكراء.

وأما الثمار، وغلة الحوانيت: فحق الحاضر، والمسافر، والقريب، والبعيد، والمنتقل سواء؛ لأنه ليست مستمرة، ويقصد فى أوقات مخصوصة، فلم تقدح فيها الغيبة، وإن كان حين الحبس، انتقل إلى موضع بعيد: لم يبعث له شىء؛ لأن المحبس لم يقصده فى مجرى العادة، إلا أن يقدم، فيستأنف له القسم، وعند الإجارة أجرته، كالثمار، وعبد الخدمة، كدار السكن، ويفارق الدار إذا ضاقت عن جميعهم، بأن يوسع فى الأيام، فإن كانوا ثلاثين: فلكل واحد يوم من ثلاثين.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: لا يعتبر فى الغلة والسكنى كثرة العدد، بل أهل الحاجة، وفى السكنى: كثرة العائلة؛ لأنهم يحتاجون [إلى][1] سعة المسكن، والمحتاج الغائب أولى من الغنى الحاضر بالاجتهاد؛ لأن مبنى الأوقاف لسد الخلات، ولا يخرج أحد لمن هو أحوج منه، ولا الغنى للفقير القادم؛ لأن الحوز نوع من التملك، ويستوى فى الغلة المنتجع والمقيم، وإنما سقط السكنى إذا لم يكن فيها فضل.

قال ابن القاسم: ذلك إذا قال: على ولدى، أو ولد فلان، فأما: على قوم معينين مسمين، ليس على التعقيب: فحق المنتجع فى السكنى، وقسم الغلة على أهل الحاجة والعيال: فإن استوت الحاجة، أو العيال: فعلى العدد، الذكر والأنثى سواء.

فرع: قال الأبهرى: إذا رجع الوقف لأقرب الناس بالواقف، وكان أقربهم مواليه: فهو لهم؛ لأن الولاء لحمة كلحمة النسب.

فرع: قال: قال مالك: إذا حبس على معينين: فلا يجوز لهم بيعه إلا من المحبس أو ورثته؛ لأن مرجعه إليه، فهو لم يشتر منهم شيئًا، وإنما دفع لهم شيئًا من ماله، بخلاف الأجنبى.

فرع: قال: قال مالك: من أسكن قومًا حياتهم: يمتنع أن يعطى أحدهم الآخر شيئًا، ويخرج له؛ لأنها إجارة مجهولة.

---

(١) سقط فى أ.

فرع: قال: قال مالك: إذا حبس نخلًا، فأردمها الرمل إلى كراسعها: ليس له بيع مائها؛ لأنه حبس معها، وجميع منافعها.

فرع: قال: قال مالك: إذا حبس شيئًا فى وجه لا ينتفع به الواقف فى ذلك الوجه؛ لأنه رجوع فى الموقوف، وإن كان فيما جعل فيه، إلا أن ينوى ذلك حين الحبس، وقد تقدمت الآثار عن عمر، وعثمان - رضى الله عنهما - بذلك.

فرع: قال: قال مالك: إذا أخدم عبده رجلًا سنين، ثم هو حر، فوضع عنه الرجل العمل - عتق.

وإن مات قبل ذلك: ورثه الواهب، أو ورثته، وإن قتل: فقيمته له؛ لأنها بدل الرقبة وهى له، وإن جرح العبد رجلًا، فأعطى المخدم العقل: بقى على خدمته، وإلا خير السيد بين العقل والتسليم على قاعدة جناية العبيد.

فرع: قال: قال مالك: ولد المخدم من أمته بمنزلته يخدم؛ لأن ولد المكاتب، والمدبر كذلك، و [لمالك][1]: الأمة يتبعها ولدها.

فرع: قال: قال مالك: إذا أخدم نصف عبده، ثم نصفه الباقى عتق، وأخذت قيمة العبد، فاستؤجر للمخدم من يخدمه، فإن فضل شىء: رجع للسيد.

فرع: قال: قال مالك: إذا حبس على ولده حتى يستغنى، فالاستغناء: أن يلى نفسه وماله بالبلوغ، أو ما يقوم مقامه من حد الاحتلام رشيدًا.

فرع: قال: قال مالك: إذا كان الحبس على معينين بصفاتهم وأشخاصهم: فمن ولد بعد الإبار أخذ حقه عند القسم، ومن مات من الأعيان بعد الثمرة، كبقائها للبائع فى المبيع، فإن كانت على موصوفين، نحو العلماء، والفقراء: فإنما يستحقون بالقسم، ومن مات قبل القسم: فلا حق له كمال الزكاة.

فرع: قال: قال مالك: من حبس حائطه على المساكين: اجتهد الإمام فى قسم ثمرتها، وثمنها.

فرع: قال بعض العلماء: إذا أخل الإمام بصلاة فى المسجد: هل ينقص بعددها، كمن استؤجر على خمسة أثواب، فخاط أربعة؟

قال: والحق لا؛ لأن القاعدة اتباع المعانى فى العقود والمعاوضات، واتباع

---

(١) سقط فى ط.

الألفاظ فى الشروط، والوصايا؛ والوقف من باب الإصداق والإرفاد، لا من باب المعاوضات.

ويقال: شرط الواقف كذا، ولا يقال عقد الواقف كذا، والشرط لا فرق فيه بين عدم جزئه أو كله؛ فإن المشروط ينتفى ولو حصل أكثر الشرط.

كما لو قال لامرأته: إن أعطيتنى عشرة فأنت طالق، فأعطته تسعة - فلا يستحق المخل ببعض الشرط شيئًا من المرتب ألبتة، وكذلك إذا شرط الواقف، أو شهد العرف أن من اشتغل فى المدرسة شهرًا: فله دينار، فاشتغل أقل من ذلك ولو بيوم، فلا شىء له.

فرع: قال: إذا شرط فى مدرسة ألا يشتغل المعيد بها أكثر من عشر سنين، ففرغت سنوه، ولم يوجد فى البلد معيد غيره - جاز له تناول الجامكية؛ لأن العرف يشهد بأن الواقف لم يرد شغور مدرسته، وإنما أراد أن هذا المعيد إذا انتفع جاء غيره، وهذا [ينظر فى كل][1] شرط شهد العرف بتخصيصه.

فرع: قال: إذا وقف الملوك وقفًا على جهة وهم متمكنون من تمليكها لتلك الجهة شرعًا: جاز، كالربط، والمدارس.

وإن لم يكونوا متمكنين، كإنفاقهم على ذراريهم: لم يصح؛ لأن من تعذر تمليكه تعذر إنفاقه بطريق الأولى.

فإن وقفوا على مدرسة أكثر مما يحتاج: بطل فيما زاد فقط؛ لأنهم معزولون عن التصرف إلا على وجه المصلحة، والزائد لا مصلحة فيه، فهو من غير متول؛ فلا ينفذ. وإن وقفوا أموال الزكاة على جهاتها: لم يجز؛ لما فيه من التحجير على الفقراء.

فإن غصبوا أموالًا يوقفونها على المصالح العامة، أو[2] الخاصة: فإن وقفوا عين المغصوب، أو اشتروا به معاطاة: لم يصح الوقف، وإن كان على الذمة: لم يضمن من انتفع بتلك العين المشتراة، بخلاف الأول.

وهل يغرم السلطان؛ لأنه أفسد؟ أو لا يغرم؛ لأنه ما انتفع به فى نفسه؟ فيه نظر.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: و.

وهذا الفرع يخالف قواعدنا فى بيع المعاطاة؛ فإنه عندنا متى كان بالدنانير أو الدراهم: فإنها لا تتعين، وهو كالعقد على الذمة سواء، وكذلك إذا لم ينتفع السلطان: ضمن؛ لأنه غاصب يضمن، وإن لم ينتفع.

فرع: قال: إذا آجر الناظر الوقف ثلاثين سنة، وقبض الأجرة: فهل يقسمها؟

ذلك يختلف باختلاف الأوقاف والموقوف عليه: إن كان الوقف لقوم، ومن بعدهم لغيرهم: قسطت الأجرة على السنين، وأعطى كل واحد ما يعيشه من السنين، كما يفعل فى سائر التعميرات، فيحصل للشاب أكثر من الشيخ؛ لأن كل واحد إنما يستحق حياته، فلو قسمنا الكل عليهم سواء لأخذ ما لا يستحق. ولا يمسكه الناظر عنده؛ خشية الضياع، مع إمكان توصيلهم بحقهم.

وإن كان الوقف مدرسة ونحوها، قسمت الأجرة على الشهور فى الثلاثين سنة، ويفرق فى كل شهر حصة ذلك الشهر بحسب الجامكيات، ولا يجوز تسليف واحد من هؤلاء جامكية شهرين؛ لأن شرط الواقف غير معلوم الحصول منهم فى المستقبل، وهو لا يستحق بمجرد حياته، بخلاف الأول.

وهذه الفروع غريبة حسنة، ولم أر فيها ما ينافى قواعدها إلا ما نبهت عليه، وهى عزيزة النقل، فآثرت نقلها، وإن لم تكن من فتاوى أصحابنا.

فرع: قال صاحب المنتقى: إذا حبس أرضًا لدفن الموتى، فضاقت بأهلها، وبجنبها مسجد: يجوز الدفن فيه، قاله عبد الملك.

وقال ابن القاسم فى مقبرة عفت: يجوز بناء مسجد فيها، وكل ما كان لله استغنى[(١)] ببعضه عن[(٢)] بعض؛ لأن الكل حق لله، ويمتنع ذلك فى حقوق العباد؛ لأن جهاتهم متعددة؛ فهو نقل الحبس من ملك إلى ملك وهو ممتنع.

فرع: قال: قال التونسى: لا يباع بعض الوقف، ومن أصحابنا من يرى بيعه، ولست أقول به.

فرع: قال: إذا كان الحبس مشاعًا، وطلب بعض الشركاء القسمة أو البيع: قال عبدالملك: إن كان ينقسم: قسم، فما كان الحبس كان حبسًا، وما كان

---

(١) فى ط: استعين.
(٢) فى ط: على.

لا ينقسم: بيع، فما وقع للحبس: اشترى بثمنه مثل ذلك، ويكون حبسًا؛ لأن المحبس لما حبس ما لا ينقسم لم يكن له إبطال حق شريكه فى البيع.

ووافق أحمد فى قسمة الوقف من الطلق؛ بناءً على أن القسمة ليست بيعًا، بل إقرار حق.

تنبيه: الوقف ينقسم إلى: منقطع الأول، وإلى منقطع الآخر، وإلى منقطع الطرفين، وإلى منقطع الوسط والطرفين، فهذه خمسة أقسام:

فالأول: كالوقف على من لا يصح الوقف عليه، كالوقف على نفسه، أو معصية، أو ميت لا ينتفع.

والثانى: على أولاده، ثم على معصية.

والثالث: على نفسه، ثم على أولاده، ثم على ميت.

والرابع: على أولاده، ثم على معصية: كالكنيسة، أو غيرها، ثم على الفقراء.

والخامس: على نفسه، ثم على أولاده، ثم على المحاربين فى جهة معينة، ثم على مدرسة معينة، ثم على الكنيسة. والظاهر من مذهبنا: أن الوقف يبطل فيما لا يجوز الوقف عليه، أو يتعذر، ويصح فيما يصح إذا أمكن الوصول إليه، ولا يضر الانقطاع؛ لأن الوقف نوع من التمليك فى المنافع أو الأعيان، فجاز أن يعم، أو يخص: كالعوارى، والهبات، والوصايا.

وقال (ش): يمتنع منقطع الابتداء، أو الانتهاء، ومنقطع الابتداء فقط؛ لأن أوقاف الصحابة - رضوان الله عليهم - لم يكن فيها انقطاع، فما فيه انقطاع يكون على خلاف سنة الوقف؛ فيبطل، ولأن مقتضى الصيغة: الدوام، فحيث لا دوام: يكون باطلًا؛ لمخالفة مقتضى لفظ العقد، كما لو باع وحجر: فإنه يبطل؛ لكونه خلاف مقتضى العقد.

والجواب عن الأول: أن فعلهم - رضى الله عنهم - لا ينافى صورة النزاع، بل يدل على جواز أصل الوقف، وأن المتصل جائز، كما أنهم لما وقفوا على جهات مخصوصة من البر لم يمتنع الوقف على غيرها؛ لكونهم لم يقفوا عليها.

وعن الثانى: أن مقتضى التحبيس والوقف: الدوام، وهو أعم من الدوام على شخص معين، أو على أشخاص، أو سنة، أو الدهر. ولذلك يقال: دام بدوام دولة بنى أمية، ومدة حياة فلان، ولا ينافى ذلك اللفظ.

وقال (ح): يمتنع منقطع الانتهاء.

وقال أحمد: يمتنع منقطع الانتهاء، ومنقطع الوسط.

وعند (ش) من منقطع الابتداء: الوقف على رجل ولم يعينه، أو على ولده ولم يولد له.

فرع: قال الأبهرى: إذا حبس سبعة منازل على سبعة أولاد، وأولادهم من بعدهم، فتوفى أحدهم، وأخذ ولده منزله، فكان يكريه، ولا يسكنه، ثم سافر سفر انقطاع: أكرى، وقسم بينهم، ويخص أهل الحاجة منهم؛ لأن المحبس إنما قصد سكنى ولده فى بلده، فإذا خرج لم يكن له شىء، ويكرى ما فضل عن سكناه، وإن لم يكن منقطعًا انتظر.

فرع: فى الكتاب: لا يخرج من الحبس أحد لأحد؛ للاستواء فى السبب، ومن لم يجد مسكنًا: فلا كراء له، ومن غاب غيبة انتقال، أو مات: استحق الحاضر مكانه؛ لأن المنفعة أرصدت لمن تيسر انتفاعه، ومن سافر لا يريد مقامًا: فهو على حقه إذا رجع.

قاعدة: من ملك المنفعة: له المعاوضة عليها، وأخذ عوضها، ومن ملك أن ينتفع: ليس له المعاوضة: كسكنى المدارس، والربط، والجلوس فى المساجد، والطرق، ليس لأحد أن يؤجر مكانه فى المسجد، أو المدرسة، أو الطريق؛ لأنه لم يملك المنفعة، بل يملك أن ينتفع بنفسه فقط؛ فلهذه القاعدة لم يجعل له كراء إذا لم يجد مسكنًا؛ لأنه لم يوقف للغلة وإنما [وقف][١] للانتفاع بالأنفس بالسكنى: كالمسجد ينتفع به فى الصلاة.

فرع: قال اللخمى: غلة الحبس ستة أقسام:

ما نفقته من غلته، كان على معين أو مجهول: كديار الغلة، والحوانيت، والفنادق، فإن كانت للسكنى: خير المحبس عليه بين الإصلاح، والخروج حتى يكرى بما يصلح به؛ حفظًا لأصل الوقف، ثم يعود.

وما نفقته من غلته، إن كان [على][٢] مجهول، وعلى المحبس عليه إن كان

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.

معينًا: كالبساتين، والإبل، والبقر، والغنم.

وما نفقته من غير غلته، كان على معين، أو مجهول: كالخيل لا تؤاجر فى النفقة، فإن كانت فى السبيل: فمن ثلث المال، وإن لم تكن. بيعت، واشترى بالثمن عينًا من النفقة، كالسلاح، والدروع، وإن كانت حبسًا على معين: أنفق عليها، فإن لم يقبلها على ذلك: فلا شىء له.

وما نفقته تارة من غلته، وتارة من غيرها على مجهول أو معين: وهو العبيد - فإن حبسوا فى السبيل ولهم صيغة للسبيل فكالخيل، وإن كان المراد منهم الغلة: فمن غلتهم، كانوا فى السبيل أو على الفقراء، [على مجهول][1] أو معين.

واختلف فى المخدم: هل ينفق صاحبه عليه؛ لأنه مالك الرقبة، أو المخدم - وهو أصوب - لأنه منقطع إليه؟

فلو كان يخدمه[2] نهارًا، ويأوى لسيده ليلًا: فعلى سيده، كالمستأجر.

قال: ولو قيل: فى النهار على المخدم، وعند الإيواء على السيد - كان وجهًا.

وكذلك العبد المحبس على معين للخدمة: نفقته عليه.

وما هو مختلف فيه: أن يضرب المحبس أجلًا يخدم فيه العبد، وينتفع فيه بالفرس، فيختلف: هل النفقة على المعطى أو [على][3] المعطى؟ لأن الرقبة ههنا على ملك المحبس، ولذلك ينبغى الجواب - إذا لم يضرب أجلًا - على القول: إنه يعود بعد موت المحبس عليه ملكًا لصاحبه، فهو كالمخدم.

وما لا نفقة له على أحد: إن وجد من مصلحة، وإلا ترك: كالمساجد، والقناطر نفقتها من بيت المال، فإن تعذر، ولم يتطوع أحد بذلك: تركت حتى تملك.

وقال (ش): نفقة الوقف من ريعه مقدمة، فإن لم يكن ريع: فمن بيت المال؛ لأن الملك انتقل لله تعالى.

وقال أحمد: نفقته من حيث شرط الواقف، فإن لم تكن له غلة: فمن الموقوف عليه؛ لانتقال الملك إليه، وقاله (ح).

فرع: قال: إذا حبس الفرس، أو العبد على معين، فلم يقبله:

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: يخالفه.
(٣) سقط فى أ.

قال مطرف: يرجع ميراثًا.

وقال مالك: يعطى لغيره؛ توفية بالحبس.

قال: وأنا أرى: إن أعطاه ليركبه لا ليغزو عليه: رجع ميراثًا؛ لعدم القبول، أو ليغزو عليه: فهو موضع الخلاف؛ لتضمنه منفعة المحبس عليه والقربة، فملاحظتها توجب الخلاف: كمن أوصى بالحج عنه لفلان بكذا، أو الموصى ليس ضرورة.

قال ابن القاسم: المال ميراث إذا امتنع، وقيل: يدفع لغيره يحج به عنه؛ ملاحظة للقربة.

فرع: فى الكتاب [حبس][1] على ولده، وأعقابهم، ولا عقب لهم يومئذ، وأنفذه فى صحته، وهلك هو وولده، وبقى ولد ولده وبنوهم: فهو بينهم فى الحال، والمؤنة سواء، إلا أن الأولى[2]: ما لم يبلغوا، أو ينكحوا، أو تكون لهم مؤنة: لا يقسم لهم، بل يعطى الأب بقدر ما يمون؛ لأنه المحتاج إليه، فإذا بلغوا، وعظمت مؤنتهم فهم بقسم واحد مع آبائهم.

فرع: قال: إذا بنى بعض أهل الحبس فيه، أو أدخل خشبة، أو أصلح، ثم مات، ولم يذكر لما أدخل ذلك - فلا شىء لورثته فيه؛ لأن الظاهر فى الخلط بالموقوف: الوقف.

قال ابن القاسم، إن قال: هو لورثتى، فهو لهم، وإلا فلا، وإن كثر.

وقال المغيرة: لا تكون وقفًا إلا ما لا بال له، كالميازيب، والقبو، وما له بال: فلورثته؛ لأن الأصل: عصمة المال عن الخروج، واليسير الظاهر: الإعراض عنه.

قال ابن يونس: فى كتاب محمد: ليس لورثته فى اليسير شىء، أوصى أم لا.

قال ابن كنانة: من سكن مسكنًا، فبنى فيه، ثم مات، وصار سكناها لغير ورثته - فليس للبانى قيمة بناء ولا عمارة.

وقال مالك: إذا عمر بعض أهل الوقف فى غير حيزه الذى بيده، هو كالأجنبى حقه فيه.

قال مالك: إذا حبس دارًا أو أرضًا حياته، فبنى فيها بيتًا، أو غرس نخلًا، ومات:

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: الأولاد.

فإن صارت الدار لورثة البانى: فذلك [لهم][1]، وإلا قلعوا البناء، والنخل إلا أن يعطوا قيمة ذلك مقلوعًا.

قال اللخمى: قال ابن القاسم: إذا بنى الموقوف عليه ما يرى أنه أراد به الحبس: فلا حق له، أوصى به أم لا، وما يرى أنه لم يرد به الوقف: فلورثته.

قال التونسى: لعل ابن القاسم تكلم على عادة عندهم، وإلا فالأصل: عصمة الأموال.

وفى المجموعة: إذا حبست دارًا، أو قاعة على قبيل، فبنى فيها رجل من العبيد[2] حوانيت وبيوتًا للغلة، يقاص بعين ما بنى بما نقص من الخراج فيما أنفق، فإذا استوفى: فالكراء بعد ذلك لجميع أهل الحبس، فإن أراد غيره الدخول معه فيما بنى للغلة: غرم نصف ما بقى له من حقه، ودخل؛ فيكون نصفه فى يديه يقاص نفسه من غلته بما غرم حتى يستوفى، ثم تكون الغلة بين الجميع، كان للقاعة قبل ذلك غلة أم لا.

قال التونسى: ينبغى أن يكون ما قابل القاعة من الكراء للجميع؛ لأن بناءه لا يسقط حقوقهم من الحبس، وكراء القاعة - إذا كان لها كراء قبل البناء - والزائد على كراء القاعة يقاص به نفسه، ولم يجعل جميع غلة البناء له، ولعل هذه سنة جرت فى الأحباس: إذا بنى فيها أحد ليغتل أنه يقاصص نفسه بما أنفق، ويكون الذى بناه حبسًا، وأما إن بنى المسكن[3]: فهو أولى بما بنى مما يكفيه للسكنى[4].

فرع: فى الكتاب: حبس حائطه على رجل حياته، وكان يغتله، فمات، وفيه ثمر: فلورثته إن طاب، وإلا فلرب الحائط تبعا للأصل كالبيع.

ولو كانوا جماعة يلونه ويسقونه: فنصيبه لورثته، فلو أبرت، ولم تطب: فلبقية أصحابه؛ لأن أكثر الكلف بقيت عليهم، وإن لم يلوا العمل، بل تقسم عليهم الغلة، فنصيبه لرب النخل.

ثم رجع مالك، فقال: يرد ذلك على من بقى؛ توفية بالوقف، وغلة الدار،

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: القبيل.
(٣) فى أ: السكن.
(٤) فى أ: السكن.

والعبد كالثمرة، وأما دار يسكنونها، وعبد يخدمهم: فنصيب الميت لباقيهم؛ لأن سكناهم، وخدمتهم شيء واحد، وإن مات أحدهم، والثمرة أبرت: فحقه ثابت، قاله غير واحد من الرواة، وقاله المغيرة فيما ينقسم وفيما لا ينقسم؛ لأن التأبير يمنع الثمرة من التبعية، ويوجب لها تحققًا في نفسها، كما في البيع.

قال صاحب النكت: إذا مات أحدهم قبل طيب الثمرة، وقد أنفق: فلورثته الرجوع بها، فإن طابت الثمرة، ورجعوا بالأقل من نفقة الميت، أو ما ينوبه من الثمرة بعد محاسبته بنفقتهم، وكذلك لو حبس عليه خاصة، ولو أجيحت: لم يكن لورثته شيء.

وقيل: يقوم أصحابه؛ لأن النفقة كالاستحقاق، والأول الصحيح.

ولو مات بعد الطيب: فلورثته اتفاقًا، كانوا يبيعون الثمرة [و] يلونها أم لا، إنما الخلاف إذا مات قبل الطيب.

ولو حبس عليهم مكيلة معلومة، فمات أحدهم قبل الطيب: رجع للمحبس نصيبه اتفاقًا، إنما القولان إذا كانت جملة الثمرة لهم.

قال ابن يونس: قال محمد: لو ولد لأحدهم ولد بعد الإبار، أو قبله: فله حقه من الثمرة، أو بعد طيبها: فلا شيء له في ثمرة العام، بل في المستقبل كالمشترى في البيع، ولو حبست حياة صاحبها، فمات صاحبها بعد الطيب: فهي لهم، فإن أبرت ولم تطب فلورثته.

قال اللخمي: إذا كانت الدار للغلة، والعبد للخراج؛ فنصيب الميت على القولين: هل يرجع إلى أصحابه، أو المحبس؟

وعن مالك في عبد الخدمة، ودابة الركوب: أن نصيبه لا يكون لأصحابه، وهو أقيس؛ لعدم الفرق بين ما يراد للغلة أو السكنى(١)؛ لأن كل واحد إنما عُمِل له جزء معلوم لا يزاد عليه، فإن كانوا خمسة فقد جعل لكل واحد الخمس.

والمحبس أولى في استصحاب ملكه، إلا أن تكون عادة، وإن جعل لكل واحد سكنى بعينه، أو خدمة العبد: لفلان يومًا بعينه، ولفلان يومين، وفي الثمار: لفلان وسق، ولفلان ثلاثة: لم يرجع نصيبه إلى أصحابه، بل للمحبس؛ لأن قرينة التحويل

---

(١) في أ: السكن.

تصيره أحباسًا متباينة.

فلو أخرج الحائط أكثر من تلك التسمية: فالفاضل للمحبس، أو أقل: تحاصوا، وإن مات أحدهم، ولم يوف الحائط: حوصص بنصيب الميت، ولا يرجع إليهم.

قال مالك: إن سمى لأحدهم دون غيره: بدئ بمن سمى له؛ لأن التسمية دليل العناية، إلا أن يعمل فيه فهو أولى بإجارته.

قال: وأرى إن سمى لأحدهم مكيلة وللآخر جزءًا، نحو: لزيد وسق ولعمرو ربع الثمرة، ولخالد سدسها، ولبكر نصف سدسها: فجميع الأجزاء النصف، فجاء نصفها عشرة أوسق: أخذ كل واحد تسميته، أو ثلاثين: أخذ أرباب الأجزاء نصف الثمرة، والأجزاء عشرة أوسق، والباقى للمحبس، أو لمن كان المرجع إليه، فإن جاءت أقل من عشرين: هل يتحاصون؟ أو يسلم النصف للموصى له ويكون النقص على أرباب الأوسق وهو أحسن.

فإن قال: من مات، فنصيبه فى وجه كذا - فكما قال، ولا ينظر موت أحدهم، وإن قال: إن انقرضوا رجع فى وجه كذا، فمات أحدهم، والمحبس هو الذى يلى السقى والعلاج: هل نصيبه لأصحابه؟ أو للمحبس حتى يموت آخرهم، فيكون فيما ذكر مرجعًا؟ أو يجعل من الآن فى ذلك؟ وإلى المحبس أحسن؛ لأنه اشترط انقراض الجميع فى المرجع.

فرع: فى الكتاب: ما بلى من الثياب حتى لا ينتفع به، أو ضعف من الدواب: بيع، واشترى بثمن الدواب فرس أو برذون أو هجين، فإن لم يبلغ أعين به فى فرس، وكذلك الفرس يكلب، أو يخبث: يباع، ويشترى به فرس.

قال ابن القاسم: وأما الثياب: فيشترى بها ثياب ينتفع بها، فإن لم تبلغ: فيتصدق به فى السبيل.

وروى غير[١] ابن القاسم: لا يباع ما حبس من عبد أو ثوب، كما لا تباع الرباع.

قال صاحب التنبيهات: [خبث][٢] بباء واحدة من تحتها، وآخرها ثاء مثلثة ومعناه: فسد، وبطل. وروى: خبب، بالباء المكسورة، وآخرها باء بواحدة، ومعناه: هلك. وليس المراد: الهلاك بالكلية، وإلا تعذر بيعه، وإنما بطل ما يراد

(١) فى أ: عن.
(٢) سقط فى أ.

منه فى الجهاد، والوجه الذى حبس له.

وكلب - بكسر اللام -: أصابه داء الكلب وهو السعر.

واختلف فى تفريقه بين الثياب والخيل:

فقيل: ليس بخلاف، بل بحسب السؤال، فقال ذلك فى الخيل؛ لأنها بقيت فيها منفعة الحمل، وغير ذلك، وقيل: بل المقصود فى الخيل والمنفعة للغزو، لا للغزاة، فجعلت أثمانها فى مثلها.

والثياب المنفعة بها للإنس، فإذا بليت: أعطيت أثمانها لهم؛ عوضًا عما كان لهم.

قال صاحب النكت: قيل: لا فرق بين الثوب والفرس يخلق، فإذا لم يجد ثيابًا يشترى بها اشترك بها فى ثوب، كما فى الفرس. فإن تعذر ذلك فيهما: تصدق بالثمن، وإنما فرق بينهما فى الكتاب؛ لافتراق السؤال، فتكلم فى الثوب إذا تعذرت الشركة، وفى الفرس إذا وجد. والفرق بين الدار إذا خربت لا تباع، وبين غيرها، والعرصة يتوقع عمارتها بأجرتها سنين بخلاف الفرس والثوب.

قال اللخمى: إذا انقطعت منفعة الحبس وعاد بقاؤه ضررًا: باعه، وإن رجى عود منفعته امتنع، فإن لم يكن ضررًا ولا رجاء: أجاز ابن القاسم بيعه؛ لعدم المنفعة، ومنع غيره؛ لعدم الضرر.

قال أشهب: إذا فضل عن عيش الرقيق المحبس فى السبيل فضل: فرق على فقراء ذلك الثغر، فإن فضل عنهم: ففى أقرب الثغور، فإن انقطعت عليهم وخيف هلاكهم: بيعوا، وقسمت أثمانهم فى السبيل، أو اشترى بأثمانهم سلاح السبيل، ولا يباعون ما دام كسبهم يقوم بهم.

قال: وقوله: «ضررًا» إذا كان النقص للكساد فى صنعتهم، ويرجى عود منفعتهم، وإن كان لأنهم أسنوا، ولا يرجى منفعتهم: بيعوا على قول مالك، وأما الفرس يكلب: إن كان يعلف من بيت المال: بيع؛ لأنه ضرر، أو يرعى: ففى بيعه القولان.

ولذلك تباع الدار إذا بعدت عن العمران، ولم يرج صلاحها على القولين، وينبغى [المنع][1]؛ سدًا لذريعة بيع الوقف.

---

(١) سقط فى أ.

وأما ما في المدينة فقد يعمره أحد؛ احتسابًا لله. قال: ومن قطع النخل، أو قتل العبد، أو الفرس: غرم القيمة، فإن كان في السبيل، وعلى الفقراء: جعلت تلك القيمة في بناء تلك الدار، وكذلك النخل والفرس.

وعلى قول أشهب: يصرف فيما يرى أنه أفضل، فإن كان الحبس على معين: سقط حقه على ما في الكتاب، وعاد لحقه في تلك القيمة عند محمد.

فرع: في الكتاب: إذا مات العبد أخلف بماله مكانه؛ لأنه ملكه، كقيمته إذا قتل، أو ثمنه إذا بيع، وإن حبسه على رجل حياة العبد رجع ماله لسيده؛ لأنه إنما خرج عن ملكه منافعه.

فرع: في الكتاب: حبس داره على فلان وعقبه، أو على ولده، أو قال على ولدي، ولم يجعل لها مرجعًا - فهي وقف لا تباع ولا تورث، وترجع بعد انقراضهم حبسًا على أولى الناس بالوقف يوم المرجع، وإن كان حيًّا.

وإن قال: هي صدقة على فلان وولده ما عاشوا، ولم يذكر مرجعًا، فانقرضوا - رجعت وقفًا على فقراء أقارب الواقف؛ لقرينة الصدقة.

قال غير ابن القاسم: كل حبس، أو صدقة، أو حبس على مجهول من يأتي، نحو على ولدي، ولم يسمهم - فإنه مجهول - فذلك كله حبس.

قال صاحب التنبيهات: فيها أربعة أقسام؛ لأن المحبس عليه: إما معين، أو لا، والمعين: إما محصور أو لا، ولكل قسم حكم.

فمتى عين شخصًا، فقال: على فلان، وأولاد فلان، وعينهم، فهل يكون مؤبدًا؛ فإن مات رجع حبسًا على أقرب الناس بالمحبس، فإن لم يكن له قرابة: فالفقراء؛ نظرًا للفظ الحبس، أو يرجع ملكًا للواقف، ولورثته [كالعمرى](1)؟ قولان لمالك.

وإن حبس على معينين محصورين، فقولان لمالك كما تقدم، والمعينون غير المحصورين، نحو: في السبيل، أو وقود مسجد [كذا](2) أو إصلاح قنطرة كذا: فهو كالحبس المبهم المتقدم، ويوقف على التأبيد.

فإن تعذر ذلك الوجه، ولا يطمع في بيانه: صرف في مثله، وفي محصورين غير

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.

معينين يتوقع انقراضهم، نحو: بنى زيد، أو عقبه، أو فرس حبس على من يغزو فى هذه الطائفة، أو طلب العلم بمدينة كذا: فكالحبس المبهم المطلق، يتأبد، ويرجع بعد انقراض الوجه مرجع الأحباس على مذهبه فى المدونة.

وقال ابن الجلاب: يعود ملكًا.

واختلف هل بنو زيد مثل ولد زيد فيمن وجد ومن لم يوجد، يتأبد أم لا؟ وأما غير المعينين وغير المحصورين، نحو: بنو تميم، أو المجاهدون، أو إصلاح المساجد، أو طلب العلم [فيتأبد][١] كالمطلق، وإن حبس على معدوم بعد وجود غير محصورين، نحو: على أولادى، وبعدهم للمساكين، ولم يترك ولدًا، أو أيس من الولد، فعند ابن القاسم: يرجع ملكًا، وعند عبد الملك: يرجع حبسًا للمساكين، وإن جعل مكان الحبس الوقف: فحكى البغداديون أنه ينفذ حبسًا - كان على معينين، أو مجهولين، أو محصورين أو غير محصورين، وأنه لا يختلف فيه.

وقال غيرهم: اللفظان سواء فى الخلاف والاتفاق، فأما إن قال: صدقة، وعينها لشخص: فهى ملك له، أو على مجهولين غير محصورين، نحو: المساكين: قسمت عليهم، أو ثمنها، أو أنفقت فيما يحتاجه ذلك الوجه المجهول، ولا يكون حبسًا.

وإن قال فى الصدقة على مجهولين محصورين مما يتوقع انقطاعهم، نحو: ولد فلان - قال فى الكتاب: حبس مؤبد، ويرجع بعد انقراضهم مرجع الأحباس، سواء قال: ما عاشوا أم لا. وعنه: يرجع لآخر المحبس عليهم ملكًا، وقيل: حكمها حكم العمرى.

وهذا كله إذا أفرد هذه الألفاظ، فمتى قيدها بصفة أو أجل أو شرط: اختلف فى حكمها، فمتى قال: حبس، أو وقف، أو صدقة سنة، أو حياتى، على معينين أو مجهولين، أو معدوم - فهى هبة منفعة، وعمرى إلى أجل، اتفاقًا، وترجع عند انقضاء الأجل لربها، أو لورثته، وإن قال فى المعينين: حياته، أو ما عاش اختلف حكم الألفاظ: فالصدقة عمرى، والحبس مثل ذلك لا يتغير حكمه، قاله سحنون.

وقال محمد: هو عمرى اتفاقًا، وأما المجهول المحصور: إن قيده بحياتهم، أو

(١) سقط فى أ.

ما عاشوا: ففى الكتاب: حبس مؤبد.

وقال مطرف: عمرى؛ لأجل التقييد، ومتى قال فى جميع هذه: محرم لا يباع ولا يورث تأبد اتفاقًا؛ لأجل هذه القرائن التأكيدية.

فرع: قال ابن يونس: أقرب الناس بالمحبس الذى يرجع الحبس إليهم بعد انقراض الحبس.

قال مالك: الأقرب من العصبة، ومن النساء من لو كانت رجلًا كانت عصبة للمحبس، ولا يدخل ولد البنات، ولا بنو الأخوات، ولا الزوجات، بل مثل العمات، والجدات، وبنات الأخ، والأخوات الشقائق، أو لأب دون الإخوة للأم، واختلف فى الأم:

فقال ابن القاسم: تدخل.

وقال[1] عبد الملك: لا تدخل الأم، ولا أحد من الإناث إلا من يرثه منهن، كالبنات، وبنات الأبناء، والأخوات، وأما الأم فلا؛ لأنها ليست من النسل، ولا تدخل العمة، ولا بنت العم، ولا بنت الأخ.

وإن كان أخًا وأختًا، فذلك بينهما نصفان؛ لأنها لو كانت وحدها أخذت الجميع، كان فى أصل الحبس للذكر مثل حظ الأنثيين أم لا، فإن اجتمع النساء المعتبرات، والعصبة دونهن:

قال مالك: يدخلون كلهم، إلا ألا يكون سعة، فيبتدأ بإناث ذكور ولده على العصبة، الأقرب فالأقرب، وكذلك العصبة الرجال: يبدأ الأقرب فالأقرب، ويدخل الموالى إذا لم تكن العصبة أقرب منهم؛ لأن الولاء لحمة كلحمة النسب، وإذا انفرد النساء قسم على قدر الحاجة.

قال: ولا يعجبنى قوله: إلا أن يفضل عنهن، وما حصل[2] رجع عليهن؛ لأن أهل الأحباس إذا استووا فى الحاجة والغنى، لم يصرف إلى غيرهم.

وقال عبد الملك: لا يفضل الفقير على الغنى إلا بشرط من المحبس؛ لأن الواقف علم أن الفقير يكون فيهم والغنى، ولم يتعرض لذلك.

وقال محمد: ينظر إلى أول حبسه: إن أراد به المسكنة: جعل مرجعه كذلك،

---

(١) زاد فى أ: وقال مالك: لا تدخل.
(٢) فى أ: فضل.

وأحرم الغنى؛ ملاحظة لغرضه، وإلا أعطى الجميع، ورجح أهل الحاجة، قاله مالك.

وإن كانوا أغنياء: قدم الأقرب فالأقرب، وإن اشترط للذكر مثل حظ الأنثيين بطل الشرط؛ لأنه لم يتصدق عليهم، ولأنه لو كان له ذلك اليوم ابنة أو أخت، اختصت بالجميع.

قال اللخمى، عن ابن القاسم: إذا لم يترك إلا ابنة لم يكن لها شىء، وإنما هو للعصبة.

قال: والأصوب: إعطاء الأقرب فالأقرب من النساء إذا كن فقراء من قبل الرجال أو النساء؛ لأن المرجع ليس فيه شرط.

فرع: فى الكتاب: إذا حبس فرسًا على رجل، وشرط على المحبس عليه حبسه سنة، وعلفه فيها، ثم هو بتل بعدها، وقال - أيضًا -: إن دفعه يغزو عليه ثلاث سنين ينفق عليه فيها، ثم هو للمعطى بعد الأجل - امتنع؛ لأنه غرر، فقد يهلك الفرس قبل الأجل، فيذهب [عليه بإطلاق][(١)].

قال ابن القاسم: وأنا أرى إن لم يمض الأجل أن يخير الذى حبس الفرس بين ترك الشرط وتبتيله[(٢)]، أو أخذه، ويرد للرجل ما أنفق، وإن مضى الأجل، وكان الذى يبتل له بعد الأجل بغير قيمة.

قال صاحب النكت: قال أبو محمد: جواب المسألتين واحد، والفرس فيهما بعد الأجل ملك.

وقيل: المسألتان مفترقتان؛ لذكره التحبيس[(٣)] فى الأولى، فهى بعد الأجل حبس على المعطى، لا ملك. ولم يذكره فى الثانية؛ فيكون بعد الأجل ملكًا للمعطى، ولو لم يكن الأول حبسًا، كيف أسقط ابن القاسم القيمة بعد الأجل؟ لأنه إن كان كراء فاسدًا كيف أمضاه، أو بيعًا فاسدًا [أسقط القيمة][(٤)]، فكيف بأخذه بغير قيمة؟

---

(١) فى ط: علفه باطلًا.
(٢) فى ط: وتبتليه.
(٣) فى ط: التخيير.
(٤) سقط فى أ.

بل هو بيده بعد السنة حبسًا؛ توفية بالشرط، ويرجع[1] المعطى على رب الفرس بما أنفق عليه فى السنة.

قال أبو الحسن: فإن أدرك فى الأول قبل تمام السنة: خير المحبس بين تنفيذ الحبس وإسقاط الشرط ويدفع ما أنفق على الفرس؛ لأن النفقة لذلك الشرط، وبين أخذ الفرس ودفع النفقة، وإنما أسقط القيمة بعد فوت الأجل؛ لأن الفوت من قبل المحبس يخالف العبد يشتريه على أنه مدبر، وفوته من قبل المشترى، وبنفس الشراء يكون مدبرًا، والفرس بتمام الأجل يكون حبسًا.

قال أبو الحسن: ومعنى الثانية: أن ثواب الغزو للدافع، فصارت النفقة فى الأجل ثمن المبيع بعد الأجل، فإن أدرك قبل الأجل خير الدافع بين الإمضاء بغير شرط ودفع النفقة، وبين ارتجاع فرسه وغرم النفقة، وإن لم يعلم حتى مضى الأجل، ولم يتغير الفرس بحوالة سوق: فسخ البيع؛ لأنه الآن صار بيعًا فاسدًا، ويرد ويغرم النفقة. وإن فات بشىء من وجوه الفوت: غرم القابض قيمته من حين حل الأجل؛ لأنه من ذلك اليوم ضمنه، وإن قبضه للغزو عليه بنفسه عن الدافع: رجع عليه بأجرة مثله إن غزا عنه، وإن غزا لنفسه، إلا أن أجر الفرس للدافع، فقد انتفع بالركوب، فعليه أجرة الركوب، وهذا كله فيما كان قبل الأجل، وأما بعده: فالأجرة ساقطة فيما استعمله بعد الأجل؛ لأنه ضمن الفرس، والأجرة المتقدمة لا تسقط، وكذلك يرجع المنفق بالنفقة قبل الأجل، وإن فات الأجل وضمن القيمة؛ لتقررها قبل ذلك.

وقال يحيى بن عمر فى اشتراط مرمة الدار: إن وقع مضى الحبس وسكن، فإن احتاجت إلى مرمة أخرجناه منها، وأكريناه بقدر مرمتها، ثم يعود، إلا أن يقول: أنا أسكن وأرم بقدر ما يكترى من غيرى، فذلك له، فإن رم وبنى بمقتضى الشرط، قيل: يعطى [نفقته، لا][2] قيمة ذلك مقلوعًا.

ولو قيل له: خذها على هذا، وعلى أن تبنى فى موضع منها بنيانًا كثيرًا، فههنا إنما يعطى ما أنفق أيضًا، ولا يعطى قيمة ذلك منقوضًا، بخلاف إذا أعاره بشرط بقاء البناء له بعد الخروج من السكنى، متى شاء يعطى قيمة البناء منقوضًا؛ لأنه بنى لنفسه بخلاف الأول.

(١) فى ط: فيرجع.
(٢) فى ط: ما أنفق أيضًا، ولا يعطى.

قال صاحب التنبيهات: إذا أسكنه سنين مسماة، أو حياته على أن عليه مرمتها: فهو كراء مجهول، وإن أعطاه رقبتها على أن ينفق عليه: فبيع فاسد، والغلة للمعطى بالضمان، وترد لربها، ويتبعه بما أنفق عليه.

فصل فى مقتضيات الألفاظ

وهى سبعة عشر لفظًا:

اللفظ الأول: لفظ الولد.

ففى الكتاب: قال يحيى بن سعيد: يدخل فى ولده ولد ولده الذكور، والإناث، إلا أن ولده أحق من أبنائهم ما عاشوا؛ لأنهم دخلوا تبعًا لهم، إلا أن يفضل فيكون لولد الولد.

قال مالك: يدخل الأبناء معهم، ويؤثر الآباء، وإن قال: ولدى، وولد ولدى: بدئ بالآباء، والفضل للأبناء.

وسوى المغيرة بينهم.

قال مالك: ولا يدخل ولد البنات؛ لعدم دخولهم فى قوله - تعالى -: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١]، وقال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد(١).

ولأن العادة نسبتهم إلى نسب أبيهم دون أمهم.

وقال (ش) وأحمد: لا يندرج فى الولد إلا ولد الصلب؛ لأنه الحقيقة، وإطلاق الولد على غيره مجاز، ولذلك فإن بنت الابن إنما ورثت بالسُّنة، دون قوله - تعالى -: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١].

قال محمد: إن قال: ابن فلان، ولم يقل: ولد - اختص بالموجود، وإذا قال: حبس على ولد ظهرى، اختص بالولد دون بنيهم، وإن قال: على بنى ابنى، كان لإخوته لأبيه وأمه، ولأخوته لأبيه.

ويختلف فى دخول بنيهم، ولا شىء لإخوتهم لأمهم.

قال صاحب المقدمات: قال ابن عبد البر وجماعة من المتأخرين: يدخل ولد

---

(١) البيت للفرزدق فى خزانة الأدب (١/ ٤٤٤) وبلا نسبة فى الإنصاف (٦٦٨)، وشرح التصريح (١/ ١٧٣)، ومغنى اللبيب (٢/ ٤٥٢).

البنات فى لفظ الولد؛ لاندراجهن فى قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] فحرمت بذلك بنت البنت إجماعًا، ولقوله - عليه السلام-: «إِنَّ ابْنِى هَذَا سَيِّدٌ يُصْلِحُ اللهُ بِهِ بَيْنَ فِئَتَيْنِ عَظِيمَتَيْنِ»[١] يشير للحسن ابن ابنته، رضى الله عنه. ولأن عيسى - عليه السلام - [من][٢] ولد آدم بإجماع المسلمين، وهو ابن ابنته.

والجواب عن الأول: أنه لا يلزم من انعقاد الإجماع على إرادة المجاز فى صورة، حمل اللفظ عليه فى صورة أخرى، والحمل فى آية التحريم مجاز، وإلا لا طرد فى آية المواريث، وحينئذ يكون إنما ترك المعارض، والتعارض على خلاف الأصل.

وكذلك الحديث محمول على المجاز، وإلا لزم ترك العمل بالدليل فى آية الموارايث.

وعن الثالث: إن ادعيتم أن عيسى - عليه السلام - يحسن إطلاق لفظ ابن آدم عليه، فمُسَلَّم، وإن ادعيتم أن اللفظ وضع له لغة، فممنوع، وقد ذكر العلماء فى ضوابط الحقيقة والمجاز: أن كل لفظ يصح سلبه: فهو مجاز، فإن من رأى شجاعًا، فقال: رأيت أسدًا: يصح أن يقال: ما رأيت أسدًا، ولو رأى الحيوان المفترس، ما حسن أن يقال: ما رأى أسدًا، كذلك فى صوره النزاع، يصح أن يقال: لا أب لعيسى مطلقًا، وإنما له أم فقط، وهو يناقض قولنا: آدم أبوه، وكذلك يقال: هذا ليس ابنى، بل ابن فلان من ابنتى.

وقال (ح): ولد البنات قطعى النسبة إليهن، وولد الابن مظنون، والمقطوع أولى بالدخول من المظنون.

وجوابه: أنه لا يلزم من القطع بنسبة الولادة، القطع بوضع اللفظ بإزاء يملك النسبة، فأين أحد البابين من الآخر؟

اللفظ الثانى: وقفت على ولدى وولد ولدى، أو أولادى وأولاد أولادى.

قال صاحب المقدمات: قال جماعة من الشيوخ: يدخل فيه ولد البنات، وهو

---

(١) من حديث أبى بكرة، أخرجه البخارى (٣٠٦/٥) (٢٧٠٤).

(٢) سقط فى أ.

ظاهر اللفظ؛ لأن الولد يقع على الذكر والأنثى، فلما قال: وولد ولدى، كأنه قال: على أعقابهم.

وعن مالك: لا يدخلون؛ لما تقدم فى اللفظ الأول، وعنه ذلك، ولو قال: على أولادى، وأعقابهم.

وعن ابن القاسم: إذ أوصى لولد فلان، اختصت بذكورهم دون بناته، بخلاف ما إذا أوصى لبنى فلان، يدخل البنات.

قال: وفائدة قوله: وولد ولدى على مذهب مالك، وإن لم يدخل ولد الابن دخل فى لفظ ولدى فقط، ففى احتمال الاختصاص بالولد قال: ولفظ الولد يقع حقيقة - لغة - على أولاد الأولاد: ولد الذكور، والإناث، وإنما عرف الشرع والناس أخرج ولد البنات، وخصص اللفظ لمن يرث.

قال: وقال جماعة: لا يتناول غير ولد الصلب إلا مجازًا، وليس بصحيح.

قلت: وهو مذهب (ش)، وأحمد، وهو الذى يعضده قواعد أصول الفقه، كما تقدم فى اللفظ الأول.

وفى الجواهر: قال أبو الوليد: قال ابن العطار: عدم دخول ولد البنات مذهب مالك، وكانت الفتوى بقرطبة: دخولهن، وقضى به محمد بن إسحاق بفتيا أكثر أهل زمانه.

اللفظ الثالث: على أولادى، وأولادهم.

قال صاحب المقدمات: وعن مالك: لا يدخل ولد البنات؛ لما تقدم أن ولد البنات [داخلون][1] فى لفظ الولد، والضمير عائد على ما لا يدخلن فيه، فلا يدخلن فى الضمير؛ لأنه غير الظاهر.

ومن الشيوخ من أدخلهم لقوله: على ولدى، وولد ولدى إلا أن يزيد درجة، فيقول: وأولاد أولادى: فيدخلون فى الدرجة الثانية، وكذلك كلما زاد درجة يدخلون إلى حيث ينتهى قوله.

وقضى بدخولهم بهذا اللفظ، محمد بن سليم بفتوى أكثر أهل زمانه، ودخولهم فيه أبين من دخولهم فى اللفظ الأول؛ لأنه إذا أتى بلفظ ظاهر دخله تخصيص

---

(١) فى ط: لا يدخلون.

العرف، بخلاف الضمير؛ لأنه لا عرف فيه يخصصه.

وقول الشيوخ: إذا كرر دخلن، وكذلك إن زاد درجة يدخلن إلى حيث انتهى من الدرجات: فيتخرج على اتباع اللغة دون العرف.

اللفظ الرابع: على أولادى: ذكورهم وإناثهم، ولم يسمهم بأسمائهم، ثم قال: وعلى أعقابهم.

قال صاحب المقدمات: ظاهر مذهب مالك: دخول ولد البنات كما لو سمى، ولأنه نص على الأنثى[1]، ثم نص على أولادهم، فدخل ولد البنات بالنص لا بالتأويل، وخرج من قول مالك إذا حبس على ولده الذكر والأنثى، ومن مات منهم ولده بمنزلته.

قال مالك: ليس لولد البنات شيء؛ لأن ولد البنات لا يدخلون ههنا. وهو تخريج ضعيف؛ لأن قوله: «فولده بمنزلته»، محمول على البنات لمن يتناوله الوقف.

اللفظ الخامس: على أولادى، ويسميهم بأسمائهم: ذكورهم، وإناثهم، ثم يقول: وعلى أولادهم.

قال صاحب المقدمات: يدخل ولد البنات عند مالك، وجميع أصحابه؛ لنصه على كل واحد، وولده، ومع النص لا كلام.

وعن ابن زرب عدم الدخول.

قال: وهو خطأ صراح؛ لأنه قاسه على صورة عدم التنصيص، وهو قياس فاسد، وهذا اللفظ أقوى من لفظ الضمير؛ لاحتمال عوده على بعض ظاهره، وهذه تسمية صريحة، ولو كرر التعقيب لدخل ولد البنات إلى الدرجة التى انتهى إليها المحبس، على ما قاله الشيوخ. خلاف قول مالك على ما تقدم.

اللفظ السادس: لفظ العقب.

قال صاحب المقدمات: هو كلفظ الولد.

وفى الجواهر: قال عبد الملك: كل ذكر أو أنثى حالت دونه أنثى فليس بعقب.

وقال (ش): العقب، والنسل، والذرية، والعترة، والبنون، وبنو البنين -

---

(١) فى أ: الأب.

كذلك، نقله ابن الأعرابى، وثعلب.

اللفظ السابع: لفظ الذرية، والنسل.

قال صاحب المقدمات: قيل: كالولد، والعقب، لا يدخل ولد البنات على مذهب مالك.

وقيل: يدخلون؛ لتناول اللفظ لهما لغة.

وفرق ابن العطار بين الذرية فيدخل ولد البنات؛ لقوله تعالى: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَـٰنَ﴾ إلى قوله ﴿وَعِيسَىٰ﴾ [الأنعام: ٨٤، ٨٥] فجعله من ذرية إبراهيم ﷺ أجمعين، وهو من ولد البنات. وبين النسل فلا يدخلون حتى يقول المحبس: نسلى، ونسل نسلى.

قال: وهو ضعيف؛ لأن ولد البنت من الذرية؛ لأنه من الذر الذى هو الرفع، ومن النسل؛ لأنه من الإخراج؛ لقول الشاعر:

.... فسلى ثيابى من ثيابك تنسل[1]

اللفظ الثامن: لفظ البنين، نحو: على بنى، أو على بنى بنى: فكالولد، والعقب على القول بأن لفظ جميع المذكر يدخل فيه المؤنث، وإلا فالذكران من بنيه، وبنى بنيه دون الإناث، وقاله (ش).

وأما على بنى ذكورهم، وإناثهم - سماهم أم لا، وعلى أعقابهم -: فعلى ما تقدم فى الولد، والعقب.

وفى الجواهر: البنون يتناول - عند مالك - الولد، وولد الولد: ذكورهم وإناثهم. فإن قال: على بنيه وبنى بنيه، قال مالك: يدخل بناته، وبنات بنيه.

وعن ابن القاسم: على بناته، يدخل بنات بنيه يدخلن مع بنات صلبه، والذى عليه جماعة الأصحاب: عدم دخول ولد البنات فى البنين؛ لما تقدم.

اللفظ التاسع: قال الأبهرى: إذا حبس على ذكور ولده: يدخل ولد ولده مع ولده، فإذا انقرضوا فلبناتهم، وللعصبة، فإن ضاق بدئ ببنات البنين، ولا حق لبنات

---

(١) عجز بيت لامرئ القيس، وصدره:
وإن كنت قد ساءتك منى خليقة
ينظر ديوانه ص (١٣)، وأساس البلاغة (ثوب)، واللسان (ثوب)، وبلا نسبة فى اللسان (نظف)، والتاج (ثوب).

البنات؛ لأن بنات البنين كالعصبة لوراثتهم مع إخوتهم بالتعصيب.

اللفظ العاشر: لفظ الآل.

في الجواهر: قال ابن القاسم: آله، وأهله سواء، وهم العصبة، والأخوات والبنات، والعمات دون الخالات.

قال أبو الوليد: معناه: العصبة، ومن في عددهم من النساء، هذا المشهور.

وقال التونسي: يدخل في الأهل من هو من جهة أحد الأبوين، بعدوا أو قربوا.

اللفظ الحادي عشر: لفظ الآباء.

قال صاحب المنتقى: يدخل الآباء، والأمهات، والأجداد، والجدات، والعمومة وإن بعدوا؛ لقوله تعالى: ﴿قَالُوا نَعْبُدُ إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾ [البقرة: ١٣٣] واختلف في الأخوال، والخالات، والاختيار: دخولهن.

قال: وهذه المعاني مجاز، ومقتضى مذهب مالك: اعتبار الحقائق إلا أن يغلب مجاز في الاستعمال.

اللفظ الثاني عشر: لفظ القرابة.

ففي الجواهر: في الموازية: إذا أوصى لأقربائه يقسم على الأقرب فالأقرب، بالاجتهاد.

وقال في العتبية: لا يدخل ولد البنات وولد الخالات.

وقال ابن كنانة: يدخل الأعمام، والعمات، والأخوال، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت.

وعن مالك: يدخل أقاربه من أبيه، وأمه.

وقال أشهب: كل ذي محرم منه من قبل الرجال والنساء، محرم منه، أم لا؛ لصدق اللفظ عليه.

وقال (ش): كل من يعرف بقرابته.

اللفظ الثالث عشر: لفظ القوم.

وفي الجواهر: قال التونسي: الرجال - خاصة - من العصبة؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِّن قَوْمٍ﴾ ثم قال: ﴿وَلَا نِسَاءٌ مِّن نِّسَاءٍ﴾ [الحجرات: ١١] وقال زهير:

(١) ينظر البيت في ديوانه ص (٧٣)، والاشتقاق ص (٤٦)، وجمهرة اللغة ص (٩٧٨)، ومغني اللبيب ص (٤١)، وبلا نسبة في همع الهوامع (١/ ١٥٣).

وما أدرى وسوف إخال أدرى   أقوم آل حصن أم نساء[١].

فلم يدخل النساء فى لفظ القوم.

اللفظ الرابع عشر: لفظ الإخوة.

ففى الجواهر: دخل الذكور والإناث من أى جهة كانوا؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] ولو قال على: رجال إخوتى ونسائهم، دخل الأطفال من الذكور والإناث؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً﴾ [النساء: ١٧٦].

اللفظ الخامس عشر: لفظ العصبة.

ففى الجواهر: لا يدخل فيه أحد من جهة الأم؛ لأن التعصيب من النصر والمعونة، وهو خاص بالذكور، ويدخل نسب الابن من الذكور وإن بعدوا.

ولو قال: على أعمامى، لم يدخل أولادهم معهم؛ لأن ابن العم لا يسمى عمًّا؛ كما إذا قال: ولد ظهرى، لا يدخل ولد ولده فيه: ذكورهم، ولا إناثهم.

ولو قال: على بنى أبى، دخل فيه إخوته لأبيه وأمه، وإخوته لأبيه، وذكور أولادهم خاصة مع ذكور ولده.

قال: وهذا يشعر بأنه لا يراد دخول الإناث تحت قوله: بنى، بخلاف ما تقدم فى لفظ البنين.

ولو قال: على أطفال أهلى: تناول من لم يبلغ الحلم ولا المحيض، وكذلك على صبيانهم أو صغارهم.

وأما شبابهم، وأحداثهم: فالبالغ الحلم إلى أربعين سنة، وعلى الكهول: فلمن جاوز الأربعين من الذكور والإناث إلى أن يجاوز الستين، وعلى شيوخهم: فعلى من جاوز الستين من الذكور والإناث؛ لقوله:

وتضحك منى شيخة عبشمية   وإن لم تر قبلى أسيرًا يمانيًا[٢]

فسمى العجوز شيخة.

وعلى أرملهم: فللرجل وللمرأة الأرملين؛ لقول الحطيئة:

---

(١) البيت لعبد يغوث بن وقاص الحارثى فى الأغانى (١٦/٢٥٨) وخزانة الأدب (٢/١٩٦) واللسان (هذذ - قدر - شمس)، ومغنى اللبيب (١/٢٧٧) وبلا نسبة فى الأشباه والنظائر (٢/١٥) ويروى «كأن» بدل «وإن».

هذى الأرامل قد قضيت حاجتها　　فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر(١)

تنبيه: قال أئمة اللغة: أسماء طبقات أنساب العرب: الشعب، ثم القبيلة، ثم العمارة، ثم البطن، ثم الفخذ، ثم الفصيلة.

فمضر: شعب، وكنانة: قبيلة، وقريش: عمارة، وقصى: بطن، وهاشم: فخذ، والعباس: فصيلة.

قال - تعالى -: ﴿وَفَصِيلَتِهِ ٱلَّتِى تُـْٔوِيهِ﴾ [المعارج: ١٣].

قال صاحب الصحاح: الشعب، ثم القبيلة، ثم الفصيلة، ثم العمارة، ثم البطن، ثم الفخذ. فقدم الفصيلة، فخالف غيره، مع أنه قد نقل فى أن فصيلة الرجل: رهطه الأقربون، والرهط قبيلة الرجل، وقومه التى تنصره، قال الله - تعالى -:

﴿وَلَوْلَا رَهْطُكَ لَرَجَمْنَٰكَ﴾ [هود: ٩١] وأصل هذه الأسماء مرتب على صورة الإنسان: فجعلوا جملة العرب كرجل واحد، فأول ذلك الجمجمة أعلى ما فى الإنسان كعدنان فى العرب، ثم الشعب؛ لأن عظم الرأس يتشعب قطعًا، ثم القبيلة من قبائل الرأس، وهى الزرور التى بين قطع العظام، وينفذ للشروت وهى مجارى العنق، ثم العمارة وهى صدر الإنسان؛ لأنه موضع القلة، وهو عمارة الجسد، وملله، ثم البطن؛ لأن بطن الإنسان تحت صدره، ثم الفخذ كذلك، ثم الفصيلة، وهو ما تحت الفخذ؛ لأن به ينفصل خلقه من غيره وينقطع آخره.

وعلى رأى الجوهرى: تكون الفصيلة كالعنق من الإنسان، مفصل بين الرأس والجسد، وأما الرحى: فليس من هذا القبيل، بل الرحى من العرب: كل قوم غزوا لقومهم على أن يخرجوا من أرضهم وقسموها أربعة أقسام:

قسم يربعون فيه، وآخر يصيفون فيه، وآخر للخريف، وآخر للشتاء، فهم يدورون عليها دوران الرحى، ويقال: إن الذى اتفق لهم ذلك من العرب أربعة، فيقال - لذلك -: أرحاء العرب، والشعب: ما تفرع من قبائل العرب والعجم؛ لقوله تعالى: ﴿وَجَعَلْنَٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ﴾ [الحجرات: ١٣] فلو علق الوقف على لفظ من هذه الألفاظ اتبعت فيه هذه النقول فى اللغة، واختص بمن تناوله اللفظ.

اللفظ السادس عشر: لفظ الموالى.

---

(١) البيت فى اللسان (رمل)، ومقاييس اللغة (٢/ ٤٤٢) ومجمل اللغة (٢/ ٤٢٢) وأساس البلاغة (رمل)، والتاج (رمل)، يرى: «كل»، بدل: «هذى».

وفى الجواهر: تشمل الذكران، والإناث. وروى: يدخل فيهم موالى أبيه، وموالى ابنه، وموالى الموالى. وروى عن ابن وهب: وأبناء الموالى يدخلون مع آبائهم، وروى عن ابن القاسم: إذا كان لهم أولاد وله موال لبعض أقاربه، رجع إليه ولاؤهم، ولا يكون الحبس إلا لمواليه الذين أعتقوا، وأولادهم يدخلون مع آبائهم في الحبس إلا أن يخصهم بتسمية، وقال مالك: بعد ذلك موالى الأب والابن يدخلون مع مواليه؛ لأنه يرثهم بالولاء، ويبدئ بالأقرب فالأقرب من ذوى الحاجة، إلا أن يكون الأباعد أحوج. وفى المختصر الكبير: أبناؤهم مع أبنائهم، وفى دخول موالى الأب والابن خلاف، والدخول أحسن. وإذا قلنا: يدخلون، ففى المجموعة: يدخل موالى ولد الولد، والأجداد، والأم والجدة، والإخوة دون موالى بنى الإخوة، والعمومة، ولو دخلوا دخل موالى القبيلة، وإذا قلنا بدخول هؤلاء ففى المجموعة: يبدأ الأقرب فالأقرب، فيؤثر على الأبعد إذا استووا في الحاجة، فإن كان الأقرب غنيًا أوثر المحتاج الأبعد عليه، وقاله مالك في موالى الأب والابن أيضًا. وقال (ش): يدخل الأعلى إن فقد الأسفل، أو الأسفل إن فقد الأعلى، وهما إن اجتمعا.

اللفظ السابع عشر: لفظ السبيل.

وفى الكتاب: إذا حبس فرسًا، أو متاعًا فى سبيل الله فهو للغزو، وقاله (ش)، وأحمد؛ لأن الطاعات كلها سبل، وطرق إلى الله – تعالى – غير أن الغزو أشهر عرفًا فتعين. ويجوز أن يصرف فى مواجيز الرباط: كالإسكندرية، ونحوها، وسواحل الشام، ومصر، وتونس بالمغرب دون جدة؛ لأن نزول العدو بها كان شيئًا خفيفًا، وكذلك دهلك. قال صاحب التنبيهات: مواجيز الإسلام: رباطاته، ودهلك. بفتح الدال، قيل: اسم ملك من ملوك السودان سميت البلدة به، وهى: جزيرة بساحل البحر من ناحية اليمن. قال أبو عمران: دهلك. . . قال ابن يونس: قال أشهب: يدخل فى سبيل الله جميع سبل الخير؛ لعموم اللفظ، والأحسن: الغزو. قال ابن كنانة: من حبس داره فى سبيل الله فلا يسكنها إلا المجاهدون والمرابطون، ومن مات فيها فلا تخرج منها امرأته حتى تنقضى العدة، ويخرج منها صغار ولده من ليس بمجاهد ولا مرابط، ومن حبس ناقته فى سبيل الله فلا ينتفع بها إلا فى سبيل الله، وينتفع بلبنها؛ لقيامه عليها، وإن كان عبدًا: خدم الغزاة، ويعمل في طعامهم.

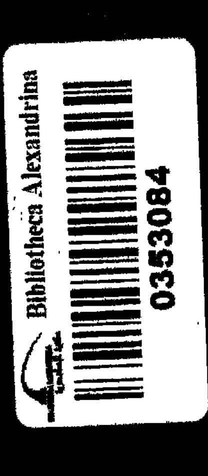
فهرس المحتويات

* * *








Bibliotheca Alexandrina
03553084